

DERECHO PROCESAL PENAL



COMISIONADO
DE APOYO



A LA REFORMA Y
MODERNIZACIÓN
DE LA JUSTICIA



ESCUELA NACIONAL
DE LA JUDICATURA

República Dominicana



COMISIÓN NACIONAL DE EJECUCIÓN
DE LA REFORMA PROCESAL PENAL

DERECHO PROCESAL PENAL



DERECHO PROCESAL PENAL

AUTORES:

Alberto Binder, Daniel Gadea Nieto, Daniel González Álvarez, Héctor Quiñones Vargas, Manuel Bellido Aspas, Manuel Miranda Estrampres, Mario A. Houed V., Olga Elena Resumil y Pablo Llanera Conde.

COORDINADORES:

Claudio Aníbal Medrano, José Saúl Taveras Canaán, Rafael A. De Jesús y Sarah Veras Almánzar

Hecho el Depósito Legal

ISBN: 9945-425-06-4

Portada : Vega Grupo Creativo

Diagramación : Vega Grupo Creativo

Corrector de estilo : Juan Manuel Prida

BINDER, Alberto; et al. Derecho Procesal Penal. Santo Domingo : Escuela Nacional de la Judicatura, 2006.

ISBN: 9945-425-06-4

**1. Acción Penal 2. Procedimiento
3. Legislación 4. Prueba 5. Delitos
6. Sanciones 7. Libertad condicional
8. Culpa 9. Pena 10. Faltas**

© **Escuela Nacional de la Judicatura ENJ**

Teléfono: (809) 686-0672

Fax: (809) 686-1101

Dirección:

César Nicolás Penson No. 59, Gazcue, Santo Domingo, República Dominicana.

Email: comunicación@enj.org

info@enj.org

Pág. Web: <http://www.enj.org>

Impreso en la República Dominicana por

[Editora Amigo del Hogar](#)

[Primera Edición 2006](#)

[Reimpresión 2007](#)

Consejo Directivo

Mag. Jorge A. Subero Isa

Presidente

Mag. Enilda Reyes Pérez

Miembro

Mag. Erick Hernández-Machado

Miembro

Mag. William Encarnación

Miembro

Dr. Juan Manuel Pellerano

Miembro

Lic. Julio César Terrero

Miembro

Luis Henry Molina Peña

Secretario

Dirección

Luis Henry Molina

Director

Gervasia Valenzuela Sosa

Subdirectora

Mag. Yokaurys Morales

Coordinadora Técnica

Silvia Furniel

Analista

Capital Humano

Joddy Hernández

Analista

Gerencias de Proyectos

Nora Rubirosa

Gerente

Glenys Linares

Analista

Ney De la Rosa

Gerente

Ellys Coronado

Analista

Rosa María Cruz

Especialista

María Amalia Bobadilla

Analista

Mariloy Díaz

Especialista

Dilenia Hernández

Analista

Ricardo Tavera

Analista

Gestión Administración y Finanzas

Alicia Tejada

Gestora

Adriano Francisco

Especialista

Jairo Jiménez

Analista

Giselle Mojica

Analista

Yokasta García

Analista

Gestión de Información y Atención al Usuario

Jacqueline Díaz

Gestora

Luis M. Pérez

Especialista

Guillermo Haché

Especialista

Glennys Díaz

Analista

Mencía Mercedes

Analista

Virginia Feliz

Analista

Mary Carmen Barrera

Analista

José L. Rodríguez

Analista

Maurys Santana

Analista

Denia Pichardo

Analista

Presentación

Para mí constituye un gran privilegio que la Escuela Nacional de la Judicatura me haya dado la oportunidad de escribir estas breves líneas a manera de presentación de la obra Derecho Procesal Penal. Y constituye un gran privilegio porque tuve la honrosa oportunidad de trabajar desde la Escuela de la Judicatura la idea de la elaboración de un texto de esta naturaleza, cuando me desempeñaba como gerente de formación y capacitación de esa prestigiosa institución del Poder Judicial.

En la presentación del observatorio judicial del sistema español se argumentó que el concepto de eficiencia plantea las posibilidades que tiene el sistema de justicia para producir respuestas eficaces y efectivas a las cuestiones que le son sometidas. Así el grado de eficiencia de un sistema judicial depende, en última instancia, de tres grandes cuestiones; primera, de la rapidez y diligencia en la transmisión de los asuntos; segundo, de la efectividad real, a efectos prácticos, de la sentencia obtenida; es decir, de la medida en que las decisiones judiciales son adecuadas y prontamente ejecutadas; y tercero, el grado de preparación y competencia profesional de los jueces, condición ésta obviamente previa y posibilitadora de los otros dos rasgos.

Con la obra Derecho Procesal Penal, la Escuela Nacional de la Judicatura hace un aporte incalculable al nivel de preparación y a la competencia no sólo de los jueces sino de todos los actores del sistema de justicia penal.

Este texto está conformado por doce módulos, redactados de manera didáctica, donde se aborda el proceso penal, partiendo de los principios generales hasta la ejecución de las sentencias, y sus redactores, como pueden ver, no sólo son los expertos en el tema, sino también los actores que han vivido el día a día del nuevo ordenamiento procesal penal. Este manual será utilizado como materia de texto para los procesos de capacitación que coordinamos desde la Comisión Nacional de Ejecución de la Reforma Procesal Penal (CONAEJ) dirigido a Jueces, Ministerio Público, Policías, Defensores Públicos y Abogados.

Hace un tiempo planteábamos que frente a la reforma debemos asumir una postura de amplia perspectiva evaluadora, para analizar desapasionadamente, los resultados que se están alcanzando, los modos como las instituciones nuevas han respondido y la forma como los operadores se vienen desempeñando al interior del sistema.

Todo, de frente a modificar lo que no funcione, a profundizar lo que aparece insuficiente, a cambiar lo que demuestre ser ineficaz; pero el trabajo más urgente y aquí la importancia de esta iniciativa bibliográfica, es continuar difundiendo, reiterando y exponiendo, en términos simples y comprensibles, los lineamientos generales, los fundamentos y la filosofía sobre la que este proceso reformador descansa. Es imprescindible recordar, para qué y por qué reformamos y, expuestos los temas, la tarea siguiente será la de la exposición y difusión clara, sencilla y masiva, de modo que todos sepan y entiendan el sentido y propósitos de los nuevos institutos procesales penales y los valores que con ellos se busca preservar.

Con este texto, que se pone a circular para toda la comunidad jurídica, considero que se asume lo que deberían ser los fundamentos de la filosofía de la enseñanza del derecho procesal penal

dirigida en primer término al abandono del procedimentalismo, es decir el tipo de enseñanza del derecho procesal penal ligada al estudio de los plazos, de los trámites, de los requisitos para presentar escritos; es decir, de todo lo concerniente a la manifestación práctica del proceso, lo cual no constituyen los aspectos esenciales del proceso, destaca el texto, lo que se ha denominado el enfoque garantista y desarrolla la capacidad de análisis.

Estoy seguro que esta importante obra será un aporte de primer orden dirigido a fortalecer las capacidades y habilidades de los llamados a hacer de una justicia penal más eficiente y garantizadora un verdadero Estado de Derecho Constitucional.

Alejandro Moscoso Segarra

Comisionado de Justicia

Vicepresidente Ejecutivo de la CONAEJ

Prólogo

Dentro del proceso de amplios y profundos cambios económicos, políticos y sociales que ha venido experimentando la República Dominicana a partir de la década de los 90, se encuentra la reforma al sistema judicial nacional.

Uno de los elementos primordiales de estos cambios es el relativo al Código Procesal Penal, que busca dotar al Poder Judicial de la República Dominicana de un instrumento acorde con un Estado democrático moderno, ágil, transparente, que preserve los derechos del acusado.

La adecuada formación y capacitación de los operadores del nuevo sistema de justicia penal resulta crucial para la puesta en marcha del nuevo código Procesal Penal, lo cual implica un cambio de paradigma, valores, prácticas y usos. Por este motivo, la Comisión Nacional de Ejecución del Código Procesal Penal (CONAEJ), creada por el decreto 420/2002 y el Pacto por la Justicia firmado por ésta en su reunión del 3 de octubre del mismo año, definen en su compromiso sexto como eje estratégico del proceso de implementación de la reforma procesal penal, el desarrollo del área de formación y capacitación.

La CONAEJ, en representación de todas las Unidades Técnicas que la componen, comisiona a la Escuela Nacional de la Judicatura, para elaboración del Plan Nacional de Capacitación de la Reforma Procesal Penal, que permita lograr capacitar a todos los actores que intervienen en el proceso. A tales fines, se le solicita la colaboración del Programa de Apoyo a la Reforma y Modernización del Estado [PARME], programa del Estado Dominicano, con fondos de la Unión Europea, para la contratación de consultores iberoamericanos y dominicanos para el levantamiento de perfiles y competencias de los principales actores del nuevo Proceso Penal Dominicano, y lograr a partir de los mismos diseñar y elaborar los programas de capacitación.

Con la ayuda de los fondos PARME y la colaboración del Consejo General del Poder Judicial de España [CGPJ], se contratan y trabajan, en el mes de julio 2004, como consultores extranjeros los expertos Mario Houed, de Costa Rica, Olga Elena Resumil, de Puerto Rico y Pablo Llarenas, de España. Los mismos trabajaron con los dominicanos Ramon Nuñez co-autor del Proyecto de Código Procesal Penal, los magistrados Claudio Anibal Medrano y José Saúl Canaán, el Ministerio Público Juan Amadis, la Defensora Pública Joane Taveras y los integrantes de la Policía Nacional Frank Félix Duran Mejía y Manuel Jiménez Feliz; con la coordinación por parte de la Escuela Nacional de la Judicatura de Martha Rodríguez, Gestora Educativa, Alejandro Moscoso Segarra, Gerente de Formación y Capacitación y Nora Rubirosa Especialista de Formación y Capacitación.

El resultado del trabajo realizado es el diseño del plan de capacitación por competencias para los jueces, del ministerio público, defensores públicos, abogados y policías. Dicho diseño contiene un listado de la bibliografía identificada que servirá como material complementario que sirve de apoyo al proceso de capacitación.

El diseño del Plan Nacional de Capacitación de la Reforma Procesal Penal consta de 12 unidades principales que son las desarrolladas en esta obra, en la que se analizan y ponderan las distintas etapas por las que atraviesa el sistema de justicia procesal penal dominicano. Estas modulos son:

En la Unidad I, **Principios Generales de la Reforma Procesal Penal**, se presentan los motivos por los que se busca cambiar la justicia procesal penal de la República Dominicana, para pasar de un **sistema inquisitivo** a un **sistema adversarial**, en el que exista una división de funciones entre fiscales, jueces y defensores. En el nuevo sistema que se busca implementar, es determinante el papel de las partes en la preparación del caso y el juez debe mantener una posición imparcial, lo que no sucede en el sistema inquisitivo, donde no existe un verdadero juicio.

La Unidad II, **Actividades Iniciales y Diligencias Preliminares**, se destacan las cinco fases principales del nuevo proceso penal, a saber, el procedimiento preparatorio, el procedimiento intermedio, la fase de juicio, la etapa de impugnación de la sentencia y finalmente la fase de ejecución, detallando cada una de las mismas.

En la Unidad III, **Procesos Alternativos** se explica que los mecanismos alternativos dentro del Derecho Penal surgen por reconocerse la incapacidad del sistema existente como propuesta de solución de conflictos. Estos procesos alternativos son un sistema más, como el propio proceso penal, para dar respuesta y corrección al delito y al delincuente.

En la Unidad IV, **Libertad, Intimidación y Seguridad Individual ante la Intervención Estatal**, se indica que en un modelo de corte acusatorio el ministerio público es configurado legalmente como el **dueño** del procedimiento preliminar, esto es, de la fase de investigación penal. Esta opción del legislador obliga a la creación de una policía judicial especializada, que dependa funcionalmente del ministerio público en su tarea investigadora. Aquí el juez tiene un papel preponderante como garante de los derechos fundamentales de las personas sometidas a la investigación penal.

La Unidad V, **Medidas de Coerción**, se muestra que existen dos grandes clases de medidas de coerción, las personales y las reales. En cuanto a las personales, tienen carácter excepcional, ya que debido a la libertad y a la seguridad personal a que las personas tienen derecho, las mismas limitan la libertad de actividades o de movimiento del imputado y su aplicación debe guardar relación con el peligro que trata de proteger. En cuanto a las reales, vienen a conservar los bienes sobre los que se ejecutaría una eventual multa o indemnización, o a establecer una garantía accesoria de que el imputado no se sustraerá al juicio.

En la Unidad VI, **La Prueba**, se definen las pruebas a ser empleadas en el proceso penal, y se indica que existen tres tipos de prueba, la material, la testimonial y la documental, que se utilizan en un sistema acusatorio adversarial.

La Unidad VII, **Los Derechos de Protección a la Víctima**, indica que la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó el 29 de noviembre de 1985 su Declaración sobre Principios Básicos de Justicia para las Víctimas del Delito u Abuso de Poder. A raíz de esta Declaración, diversos países promulgaron normas tendentes a mejorar la situación de la víctima en su relación con la administración de la justicia, creándose en algunos de ellos sistemas estatales de reparación económica de los perjuicios sufridos.

En la Unidad VIII, **Etapa Intermedia: Actos Conclusivos y Audiencia Preliminar**, se explica que la misma es uno de los momentos procesales en que se muestra de forma más evidente y palmaria el cambio por el sistema acusatorio y la profunda alteración de los roles y las funciones de

los distintos operadores jurídicos en el sistema procesal penal dominicano. Aquí se analizan los procedimientos resultantes de la presentación de la acusación con solicitud de apertura del proceso por la importancia que reviste sobre los derechos de las partes esta determinación del Ministerio Público sobre la instancia de la acción penal.

La Unidad IX, **El Juicio**, expone que la República Dominicana pasó de aplicar un proceso escrito de rasgos inquisitorios, a un proceso con un juicio oral y público. En este último, es importante diferenciar los conceptos de proceso y procedimiento. La diferenciación es profunda y no un mero capricho, pues se trata de la separación del fundamento político del ordenamiento instrumental por una parte, y el acto procesal por otra.

La Unidad X, **Impugnación y Recursos**, plantea que de acuerdo al Código Procesal Penal, el derecho a recurrir las decisiones judiciales está restringido, quedando limitado el mismo a las decisiones jurisdiccionales que el legislador haya previsto como recurribles, y cuyas resoluciones sólo podrán ser atacadas mediante el sistema de impugnación o recurso legalmente previsto y no otro, pudiendo ser dinamizada la revisión judicial sólo por aquellos a quienes la ley faculte expresamente para ello.

En la Unidad XI, **La Ejecución**, se muestra que una de las innovaciones más importantes del nuevo Código Procesal Penal consiste en la llamada **judicialización o jurisdiccionalización** de la ejecución de la pena. Así mismo, crea el órgano judicial que se encargará del control de las condiciones de cumplimiento de la pena y fija entre los órganos judiciales penales al Juez de Ejecución Penal.

Por último, en la Unidad XII, **La Fundamentación Fáctica y Jurídica de las Resoluciones Judiciales**, se resalta la obligación que existe en un Estado democrático moderno de imponer a los jueces motivar sus resoluciones, en razón de que la motivación sirve de legitimidad democrática de la actuación jurisdiccional y permite el control de las resoluciones judiciales.

La implementación de estas capacitaciones se llevó a cabo con el apoyo del PARME, en el período septiembre-noviembre 2004, para todos los actores: jueces (346 participantes), defensores públicos y abogados de oficio (98 participantes), ministerio público (406 participantes) y Policía Nacional (368 participantes). Así como, para jueces (293 participantes) y defensores públicos (106 participantes) en los períodos de marzo-mayo 2005, septiembre-noviembre 2005 (255 jueces, 103 defensores), marzo-mayo 2006 (250 jueces, 127 defensores) y septiembre-noviembre 2006. Esto hace un total de mil doscientos veinticuatro (1,224) horas a los jueces, seiscientos veintiocho (628) horas a los defensores públicos y abogados de oficio, trescientos sesenta (360) horas a los ministerio público y trescientos noventa y seis (396) horas para la policía nacional.

La planificación de la capacitación ha sido realizada bajo la modalidad de talleres de 32 horas, en los que se incluye teoría y práctica, con 14 horas dedicadas a la realización de casos bajo la metodología de "clínicas de litigación", en la que los actores podrán pasar de la competencia del SABER al SABER HACER, es en esta última donde se verifica la aplicación de lo aprendido. Estos talleres serán impartidos todos en el Distrito Nacional para garantizar la calidad del trabajo realizado por los docentes, el respeto de los horarios, el uso de equipos de alta tecnología y el montaje de las prácticas.

Este tipo de taller de inmersión les permite a los participantes concentrarse de manera exclusiva en el aprendizaje del nuevo proceso, lo que garantiza el éxito del mismo.

Esta obra, la cual se encuentra en soporte tanto físico como virtual, reviste capital importancia para conocer en detalle la justicia procesal penal de la República Dominicana.

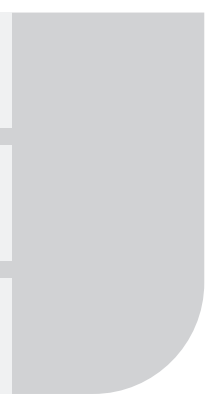
Se hace necesario además, agradecer y valorar de manera especial la importante ayuda para la elaboración de materiales e implementación de estos seminarios a la **Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional (USAID)** a través de su Proyecto Justicia y Gobernabilidad.

El camino de la reforma ha iniciado, pero el éxito no sólo depende de los servidores del poder judicial, sino que es una responsabilidad conjunta de aquellos llamados a administrar justicia y de aquellos que se benefician del sistema. Es hora de asumir nuestros roles y contribuir con la preservación del estado de derecho.

La Escuela Nacional de la Judicatura, responsable del componente de capacitación, ha desarrollado con éxito el proceso de formación en torno a la normativa procesal penal, con la culminación en el mes de noviembre del último módulo del plan de capacitación. Contribuyendo de esta manera con la excelencia de la administración de justicia, al formar a los jueces penales y defensores públicos, para que sean verdaderos garantes de los principios procesales.

Luis Henry Molina Peña

Director de la Escuela Nacional de la Judicatura
Director Ejecutivo de la Comisión Nacional de Ejecución
de la Reforma Procesal Penal (CONAEJ) 2002-2004



Unidad I

Principios Generales para la Compresión de la Reforma Procesal Penal en la República Dominicana

Autor

Alberto Binder



Contenido:

• Eficiencia y Garantía en la Configuración de la Justicia Penal • El Juicio como Formalización del Conflicto • La Tutela Judicial Efectiva • El Sistema de Garantías • La Centralidad del Juicio en el Sistema Adversarial

I.1 Introducción

I.1.1 ¿Qué significa cambiar la justicia penal?

- I. Para comprender el sentido y las características principales de la nueva justicia penal de República Dominicana, así como los principios que la orientan, debemos analizar, en primer lugar, las razones que impulsaron ese cambio y cuáles son los objetivos de ese proceso de reforma. Solemos utilizar una frase breve que dice **“se trata de dejar atrás el modelo inquisitorial y comenzar a desarrollar un nuevo modelo acusatorio o adversarial de justicia penal”**. Esa frase es correcta, pero necesita muchas aclaraciones. En primer lugar, se debe tener claro que el *modelo inquisitorial* es un *modelo completo de administración de justicia, construido a lo largo de muchos siglos y que ha echado raíces en nuestra cultura jurídica*. Incluso el modelo inquisitorial ha tenido diversas formas. No es lo mismo el modelo inquisitorial más antiguo, de tipo español o alemán (el del proceso a los herejes y las brujas) que los modelos inquisitoriales más modernos (de base napoleónica) que ya fueron incorporando algunas instituciones acusatorias (el juicio oral) pero sin cambiar sus reglas básicas de funcionamiento. No es posible cambiar el modelo inquisitorial sólo con un cambio de código procesal penal. Sí es posible, no obstante, comenzar a cambiar algunas sus reglas básicas y desencadenar un proceso que evolucione hacia formas más adversariales en el futuro.

Cuando hablamos de “sistema inquisitivo” no hablamos sólo de un carácter del proceso penal. También constituye el modelo inquisitivo la forma como se organizan las instituciones judiciales, el modo como se enseña el derecho, el funcionamiento de la justicia penal y en general todo el modelo centralizado y verticalizado de organización y gobierno judicial.

2. Las reglas básicas del funcionamiento que se quiere cambiar, son las siguientes:

- a. En el modelo inquisitorial la investigación y el juzgamiento de los casos es llevado adelante por los jueces de un modo unilateral y predominante y el papel de las partes es secundario. En el sistema adversarial es central la división de funciones entre fiscales, jueces y defensores. El papel de las partes en la preparación del caso que deberá juzgar el juez es determinante y el juez debe mantener un papel imparcial.
- b. En el modelo inquisitorial no existe un verdadero juicio, donde se deba presentar la prueba, ella deba ser examinada por las partes y luego del debate se tome una decisión fundada en lo que surge de ese litigio y no de otra fuente. En el sistema adversarial se quiere que las decisiones judiciales surjan de audiencias públicas y contradictorias donde las partes deban presentar las pruebas, discutir y argumentar a favor de su caso. En especial, el juicio oral y público debe ser el momento donde las partes presentan su caso, examinan y contra-examinan la prueba, argumentan y contra-argumentan y hacen peticiones concretas para que el juez decida.
- c. En el modelo inquisitorial los documentos y escritos son lo importante y las personas (víctimas, testigos, imputados) son tratados como objetos. En el sistema adversarial se le

reconoce al imputado un rol como sujeto en el proceso y se le abren posibilidades de actuación a la víctima para la tutela de sus derechos.

- d.** En el modelo inquisitorial lo importante es el trámite (de papeles) y todo se subordina a eso, sin importar los costos humanos que ello tenga (tanto en términos de impunidad como de violación de los derechos del imputado). En el modelo adversarial lo importante es que el caso tenga una respuesta del sistema judicial, ya sea por vías alternativas (no punitivas) como a través de un adecuado juzgamiento. Función de la justicia penal es dar respuesta, no tramitar expedientes.

Estas no son las únicas reglas que diferencian a uno y otro sistema, pero en una primera etapa estas cuatro reglas de funcionamiento son las que apuntalan el cambio.

- 3.** Por otra parte, se trata de desencadenar un proceso que permita evolucionar hacia formas más adversariales, que perfeccionen el sistema. Ya dijimos que no es posible esperar que con un simple cambio de leyes se produzca el cambio de un modelo a otro. Nadie podría lograr eso cuando se trata de que miles de personas (jueces, fiscales, abogados, policías, etc.) cambien su forma de actuar. Lo que sí podemos lograr es que el nuevo modelo tenga capacidad de evolucionar; es decir, que mediante nuevas formas de intervención, no necesariamente legislativas (capacitación, reorganización administrativa, diseño de nuevas actuaciones, elaboración de estándares, evaluación y control de gestión, etc.), se vaya logrando que las personas cambien sus formas de actuar según las reglas del modelo adversarial. Para que esto tenga sentido se deben analizar las siguientes ideas:
 - a.** La reforma de la justicia penal debe ser vista como un cambio de prácticas. Actualmente lo que llamamos “justicia penal” es un conjunto de prácticas (no siempre apegadas a los códigos) que se sustentan en la fuerza de la rutina, la adhesión de los operadores y las funciones reales que ellas cumplen. El nuevo sistema de justicia penal también será un conjunto de prácticas.
 - b.** Por lo tanto, a partir de la entrada en vigencia del nuevo sistema se producirá un duelo de prácticas, entre las viejas y las nuevas, entre la tradición de las prácticas inquisitoriales y las nuevas formas de actuación del modelo adversarial.
 - c.** Como todo conjunto de prácticas, en poco tiempo, luego de una fase inicial de ajustes y cambios, el sistema adquiere un punto de equilibrio entre lo viejo y lo nuevo, que se manifiesta tanto en la pervivencia de prácticas viejas como en la distorsión de algunas prácticas nuevas, ya sea en la forma en que son ejecutadas o en las funciones que cumplen.
 - d.** Por eso decimos que implementación de la reforma comienza el primer día de la entrada en vigencia y dura varios años, hasta que el sistema adquiere su primer punto de equilibrio. La experiencia de otros países nos muestra que ese primer punto de equilibrio no es satisfactorio, por el excesivo peso que siguen manteniendo en él las prácticas inquisitivas. Esa es la razón por la cual los operadores deben prepararse para el duelo de prácticas y se debe monitorear permanentemente el proceso de implementación.

Entonces, cuando decimos que se trata de dejar atrás el modelo inquisitorial y comenzar a desarrollar un nuevo modelo acusatorio o adversarial de justicia penal, lo que decimos es que desde el primer día de la entrada en vigencia, cuando comienza el proceso de implementación, se debe tratar de que los operadores respeten las reglas básicas de funcionamiento del sistema adversarial y que afronten el duelo de prácticas de tal modo (decisión, preparación, conciencia, responsabilidad, etc.) que el sistema de justicia penal evolucione hacia las formas adversariales.

1.1.2 ¿Cómo desarrollar una contracultura adversarial o acusatoria?

1. En el proceso de implementación, se trata, entonces, de desarrollar una contracultura, si en la actual configuración de la justicia penal la cultura dominante es la inquisitorial. La nueva cultura adversarial se presenta como una contracultura que busca desplazarla. En este sentido no le alcanza al nuevo sistema que exista una subcultura adversarial, es decir, que algunos jueces y abogados actúen según las reglas adversariales, sino que debe buscar que todo el sistema actúe conforme a esas reglas. La nueva cultura adversarial debe ser con el tiempo la nueva cultura dominante. Para eso, como dijimos, debe ganar el duelo de prácticas.
2. Pero ello no ocurrirá por sí solo. Existen ciertas instituciones y reglas de actuación a las que debemos prestar mayor atención porque su efecto contracultural es mayor, en especial en la etapa de implementación. Entre ellas se encuentran las siguientes:

1.1.2.1 Las audiencias públicas y contradictorias

Las decisiones deben ser tomadas en audiencias públicas y contradictorias. En ellas se debe llevar adelante el mayor trabajo del juez. Claro está que esas audiencias se pueden desarrollar de un modo formalista, como simple “vista de causas” o “audiencias “in voce”, donde las partes se presentan pero no hay una verdadera discusión. El nuevo sistema busca que las decisiones judiciales (o la gran mayoría de ellas) se tomen en audiencias orales donde las partes litiguen y presenten, cuando sea necesario y según el tipo de decisión, su prueba y sus argumentos. La sala de audiencia es el lugar de trabajo del juez y de las partes. Cuantas más audiencias se realizan, cuanto más se litiga en esas audiencias y cuando los jueces toman sus decisiones sobre la base de lo que se ha discutido delante de ellos en la sala de audiencias, más avanza la cultura adversarial y se dejan atrás las prácticas inquisitoriales. En los sistemas donde se hacen pocas audiencias (en especial las audiencias en la etapa preparatoria) más se fortalece la tradición inquisitorial.

1.1.2.2 El control de la sobrecarga de trabajo

Uno de los factores que más influye en el mantenimiento de la tradición inquisitorial (su principal aliado) es la sobrecarga permanente del sistema de justicia penal. Cuando el sistema

está sobrecargado, los operadores (que inexorablemente son inexpertos en una primera etapa) tienden a reproducir lo que ya saben hacer, es decir, las viejas prácticas. Esas viejas prácticas (por su formalismo, demora, ritualismo, dificultad, etc.) sobrecargan más al sistema, generando un círculo vicioso muy nocivo. El nuevo código procesal penal trae muchas nuevas instituciones que permiten regular la carga de trabajo con respuestas de alta calidad (reparación, conciliación, suspensión a prueba, procedimientos abreviados, etc.). Una política de amplio uso de estas instituciones (y preparar a las instituciones para que favorezcan ese uso) es una de las principales herramientas contraculturales.

1.1.2.3 El uso de información

Otro de los elementos propios de la tradición inquisitorial es la preeminencia del trámite por sobre todas las cosas y, a consecuencia de ello, el hecho de que los operadores judiciales se desentienden de los resultados. Si bien no es algo que esté regulado expresamente en el Código Procesal, una de las principales herramientas contraculturales es que los operadores judiciales, tanto como las autoridades de las instituciones, tengan a la vista y utilicen información sobre el desempeño del sistema en su conjunto y de cada sector en particular. Ello obliga, sin duda, a cambiar la poca atención que le prestamos a la información sobre el sistema y seguramente nos obligará a construir nuevas formas de presentación de la información, pero es un instrumento que poco a poco va gestando una nueva cultura de trabajo.

1.1.2.4 La defensa pública

Dadas las condiciones socioeconómicas del país y las condiciones generales del ejercicio de la abogacía, el modo de actuación de la defensa pública, su fortaleza, organización, autonomía y preparación, constituyen uno de los elementos dinamizadores del nuevo sistema, tanto por el valor que tiene su trabajo en sí mismo como en cuanto a los desafíos que pone en manos de los fiscales.

1.1.2.5 La participación de la víctima

Bajo todas sus formas, ya sea en su nudo papel de víctima o cuando asume su papel de acusador particular, la participación de la víctima empuja al sistema hacia sus formas adversariales, cambia la dinámica de trabajo de los fiscales. En contextos procesales en los que el Ministerio Público no tiene mucha práctica o no está suficientemente organizado, las posibilidades de que en esa institución se reconstruyan las prácticas inquisitoriales es muy grande. Uno de los mejores instrumentos para detener esa tendencia a la burocratización del Ministerio Público es el contacto de los fiscales con las víctimas y que ellos asuman claramente un rol de defensa de sus intereses. Cuanto más estrecha es la relación víctima-fiscales, más se pueden contrarrestar las tendencias inquisitoriales de la persecución penal.

No obstante, existen otras instituciones y muchas otras reglas de actuación a las que también hay que prestar atención, pero las señaladas son especialmente útiles a la hora de fortalecer las tendencias adversariales del sistema en su lucha contra la tradición inquisitorial.

Claro que existen otras normas, reglas o instituciones a las que se les debe prestar atención, pero es muy importante tomar conciencia que no se puede lograr todo al mismo tiempo, salvo que nos interese construir ficciones. Por lo tanto, lo que hemos señalado son instituciones prioritarias, a las que se les debe prestar especial atención para que el nuevo sistema de justicia penal avance. Cuesta que en la forma de actuar de los jueces, fiscales o abogados y de quienes dirigen o administran las instituciones judiciales se cree una clara conciencia de la prioridad de ciertas instituciones sobre otras. Ha sido preferible desconocer el funcionamiento real del sistema de justicia penal antes que concentrar energías y recursos en aquellas reglas que deben ser preservadas ante todo.

1.1.3 ¿Dónde se desarrolla el duelo de prácticas?

1. Durante las discusiones sobre la adopción del modelo, incluso en la etapa de planificación para la entrada en vigencia, solemos hablar del sistema de justicia penal o del proceso penal como si fuera un “todo”, o una cosa. Eso puede servir para planificar o para el debate de ideas. Pero cuando empieza la implementación todo cambia. Allí el “nuevo sistema” deja de ser una abstracción y se convierte en algo “real”, algo que se realiza todos los días. Se convierte en trabajo cotidiano, en efectos y resultados tangibles, en críticas muy concretas, en casos difíciles, en fin, en todos los componentes que solemos llamar “la realidad de la justicia penal”. Entonces, es allí donde se produce el duelo de prácticas. Esta idea parece muy sencilla pero en realidad nos pone frente a uno de los problemas más graves: en general los operadores judiciales no tienen conciencia de que cada una de sus prácticas cotidianas (cómo atiendo a esta persona, cómo estudio este caso, qué hago con este papel, cómo preparo este interrogatorio, qué le digo a los periodistas, cómo organizo mi escritorio, dónde archivo las causas, cómo doy o recibo órdenes, cómo controlo si estoy trabajando bien, a quién consultar y otras tantas acciones concretas) tiene una enorme influencia en la configuración del nuevo sistema. Las prácticas inquisitoriales no se reproducen solas sino a través de miles de pequeñas acciones que son realizadas por personas que posiblemente no tengan ninguna intención de reproducir el sistema inquisitivo. Por eso a partir del comienzo de la implementación es tan importante seguir de cerca lo cotidiano.
2. Pero también la idea de lo cotidiano debe ser aclarada. Ello significa, en primer lugar, la organización en la que estoy inmerso. Tomar conciencia de ello es central porque el modelo de las organizaciones judiciales es el mayor reservorio de cultura inquisitorial. Es la organización la que me pide que haga las cosas de una manera u otra, de un modo formal o informal. Los requerimientos informales son los más fuertes y los más difíciles de detectar. El duelo de prácticas se da en un contexto organizacional proclive al modelo inquisitorial y que lo favorece. Por eso cada operador debe estar muy alerta a este tipo de requerimientos y quienes conducen las organizaciones deben tomar conciencia de que la manera como funciona esa organización condiciona de un modo muy fuerte el avance o el retroceso de la cultura adversarial. Por ejemplo, si la organización no favorece el trabajo en equipo, no le asigna valor a los resultados, cristaliza sus rutinas y castiga la innovación (se premia al que no destaca, al que permanece oculto tras las rutinas), no tiene un sistema de premios, o estos son arbitrarios, si impone cargas de trabajo que no se pueden cumplir y quien lo realiza se contenta con rutinas y ficciones, en fin, si todo

el modelo organizacional suele empujarnos hacia la cultura inquisitorial esta se fortalece claramente.

- 3 En segundo lugar, lo cotidiano significa mis propias prácticas de trabajo. En este sentido, así como en los últimos años se le ha pedido a los operadores judiciales y a los abogados en general que sean críticos respecto de sus ideas y sus conocimientos adquiridos, ahora debemos pedirles que sean críticos respecto a sus prácticas. Esto es mucho más difícil porque estamos mucho más instalados en nuestras prácticas que en nuestras ideas. Cuanto menos tiempo tenga, más recurriré a lo que ya sé hacer y a los propios automatismos (de allí la importancia de no sobrecargar al sistema). Lo adquirido ha estado siempre en el marco de una cultura inquisitorial. Por ello, para comprender los principios y el sentido del cambio procesal no solo tengo que tener capacidad de someter a discusión lo que pienso sino, antes que nada, lo que hago cotidianamente.
4. En tercer lugar, lo cotidiano es lo que hacen los demás. Mis acciones y mi trabajo ocurren siempre en una interacción y son esas interacciones las que generan los mayores condicionamientos. Un juez puede tener claro cómo modificar sus prácticas, pero para ello depende también del cambio de prácticas de los fiscales. Por ejemplo, un juez puede tener claro que el nuevo papel en el proceso le exige no reemplazar la actividad de las partes y dejar que ellas sean las que interrogan y examinen la prueba, pero para ello necesita que los fiscales y defensores preparen bien el caso. Esta interacción de prácticas ha sido uno de los factores importantes que impiden a ciertos actores – más proclives al cambio- desarrollar el cambio porque las prácticas antiguas de otros actores aumentan el costo de la innovación.
5. Finalmente, lo cotidiano son las expectativas sociales. En este sentido ellas interpelan permanentemente al sistema judicial por los resultados y en ese sentido son siempre un motor del cambio. Como las organizaciones judiciales no suelen tener una adecuada política de comunicación no se usa la fuerza de las expectativas sociales para favorecer el cambio, sino para generar un clima de temor que vuelve conservadores a los operadores judiciales. Una organización o una persona atemorizada tiende a refugiarse y a escapar del riesgo (y de la innovación) y es allí donde las viejas prácticas se convierten en un refugio.

1.1.4 La justicia penal como un campo de “juego”

- I. Por último, para comprender los principios y el sentido del proceso de cambio de la justicia penal, es necesario tener una visión de campo. Para tener esa visión es preciso que comprendamos que el accionar de jueces, fiscales, defensores, etc., se realiza en el marco de la vida social. Pero, otra vez, no debemos ver a esa vida social como una “cosa” sino como un espacio social donde existen actores, cada uno con sus intereses, sus herramientas, etc. Nos es más útil ver ese espacio social como un campo de juego en el que existen jugadores. Como todo campo de juego, cada espacio social adquiere especificidad porque en él se pone en juego algo, se juega algo. Como veremos más adelante en este documento lo que se pone en juego en el campo de la justicia penal es la violencia que ejerce el Estado (el cómo, en qué casos y con qué costo aplico esa

violencia) y los límites que le debemos imponer para que la libertad de las personas no corra riesgos inadmisibles. También a ese campo de juego lo solemos llamar sistema penal y esta denominación es más pertinente porque nos señala con mayor claridad la diversidad de "jugadores" que existen en ese campo de juego.

- 2.** En el sistema penal existen muchos jugadores, tanto personales (cada uno de los operadores del sistema penal) como institucionales, tales como el Ministerio Público, los tribunales, la policía, la defensa pública, las escuelas de derecho, etc. Cada jugador tiene reglas de juego que cumplir y expectativas acerca del juego de los otros. No necesariamente el juego de estos jugadores debe ser "armónico" ya que ello no sólo es una ilusión, sino que muchos de esos jugadores necesariamente deben jugar su propio juego (a nadie se le ocurriría que en juego de fútbol o béisbol todos los jugadores jugaran para el mismo equipo). Lo que todo jugador debe saber es que el resultado final del juego será siempre el producto del juego de todos. Nadie puede pensar o actuar como si estuviera solo en el campo de juego porque eso es irreal y nocivo para todo el juego. Esta idea que parece obvia no lo es en la práctica de la justicia penal. Un fiscal no puede actuar como si los defensores no existieran o molestarse porque los defensores jueguen su juego. Tampoco el juez puede jugar su juego como si las partes no existieran y mucho menos el conjunto de jugadores "profesionales" pueden jugar como si otros jugadores (las víctimas, los imputados, los ciudadanos) no existieran.
- 3.** No todos los jugadores tienen la posibilidad de jugar su juego del mismo modo. Si ahora usamos el símil de un juego de cartas (el póquer, por ejemplo) cada jugador tiene una cantidad de fichas que puede apostar. Como nos enseña Pierre Bourdieu, cada jugador tiene su capital. Este capital puede ser económico (por ejemplo una organización tiene más o menos recursos o presupuesto), cultural (el conjunto de conocimientos, habilidades y capacidades expresivas), social (el conjunto de relaciones sociales dentro de ese campo y fuera de él, por ejemplo con otros sectores u otras organizaciones, políticas, empresariales, sociales, etc.) y finalmente capital simbólico (es decir, el nivel de reconocimiento, respeto, legitimidad que, gracias a la posesión de las otras formas de capital, poseen los jugadores). Cada jugador tiene un total de fichas, de capital, compuesto por todas estas formas de capital y juega su juego sobre la base del capital que posee.
- 4.** Ahora bien, también cada jugador juega en el juego, volviendo ahora al símil del béisbol o el fútbol, según la posición que ocupa en ese campo. Esa posición siempre existe y si bien no cambia permanentemente tampoco es necesariamente rígida. Es muy importante en esta visión tener en cuenta la posición que cada jugador realmente ocupa y no la que debería ocupar. Se puede buscar acomodar a los jugadores en la posición que deberían ocupar y eso es, por ejemplo, uno de los objetivos de la reforma de la justicia (cambiar la posición de ciertos jugadores que ahora están donde no deberían estar, por ejemplo que los fiscales investiguen, que los jueces sólo juzguen, etc.) pero no se puede desconocer el lugar o la posición que realmente ocupan. Conocer y comprender estos cambios de posiciones es central para la comprensión del problema de la reforma de la justicia penal. Se debe tener claro la posición que se debe ocupar y la que efectivamente se tiene porque eso marca la trayectoria del cambio de posiciones y su grado de dificultad.

5. La posición de los jugadores no nace de un día para el otro sino que se ha ido configurando históricamente en base a como se ha ido desarrollando el juego. La posición que ha tenido un jugador le ha generado un habitus, es decir una predisposición para jugar como se juega en ese puesto, que, por otra parte, lo va a empujar a buscar posicionarse otra vez en el puesto que conoce y ha venido jugando. Desde su posición, él construye un sentido del juego, que es lo que nutre y genera sus prácticas concretas. Modificar los puestos de los jugadores no es simple y necesita una estrategia que se sustente en planes, alianzas entre los actores y un conocimiento muy claro de lo que realmente ocurre y las funciones reales de cada puesto de juego. A partir de allí se puede comprender la dinámica del juego y cómo con los nuevos instrumentos normativos procesales y organizacionales se pretende generar modificaciones en esa dinámica de juego.
6. Todos estos elementos son fundamentales para comprender el proceso de cambio. Desde esta perspectiva es donde comprendemos el sentido y la razón de los cambios, de los principios, de las nuevas instituciones y también de las dificultades que habrá que afrontar. Aprender a mirar el campo de juego, tener conciencia de lo que está en juego y saber jugar conforme a las reglas, es una condición necesaria para comprender los principios generales de la reforma de la justicia penal.

I.2 Eficiencia y garantía en la configuración de la justicia penal

1. Todo el campo de la justicia penal está atravesado por dos grandes fuerzas que configuran las instituciones y las prácticas de todos los actores y generan reglas de juego. Por una parte, se busca que el programa punitivo del Estado, es decir, que las decisiones de utilizar la violencia del Estado (cárcel) en determinados conflictos que han sido entonces definidos como delitos sean efectivas. El objetivo es, visto desde esta perspectiva, la construcción de una persecución penal efectiva y la gran tarea por delante es reducir los enormes niveles de impunidad que existen, en especial en los delitos más graves, los que causan más daño a la sociedad. Por otra parte, se busca que al utilizar el poder penal del Estado no se produzcan abusos y arbitrariedades que puedan arruinar la vida de una persona. Por ello se construyen límites. Al conjunto de esos límites los conocemos como sistema de garantías y el objetivo es proteger a cada ciudadano del peligro del uso arbitrario, injusto o ilegal del poder penal.
2. Al choque de estas dos fuerzas lo llamamos antinomia fundamental, porque señala la contradicción permanente que está siempre presente en el funcionamiento del sistema penal. Este choque se resuelve en un punto de equilibrio, como dos fuerzas que se oponen, pero ese punto de equilibrio no debemos confundirlo con una situación de armonía. Sin duda nos gustaría que existiera esa situación de armonía o, mejor aún, que no tuviéramos necesidad de usar el poder penal para intervenir en los conflictos de nuestra sociedad, pero lo cierto es que esa antinomia fundamental describe mucho mejor lo que ocurre en la vida cotidiana de los sistemas de justicia penal y por ello nos es más útil como concepto para la comprensión del funcionamiento de la justicia penal y de sus instituciones en particular.

Se nos hace fácil muchas veces quedarnos atrapados en la simple idea con la que expresamos un ideal tranquilizador. Como concepto, es decir, como herramienta para entender lo que ocurre, el mismo no es tan útil porque no nos llama la atención suficientemente sobre el problema real y principal, que es ir resolviendo en la actuación cotidiana las tensiones que atraviesan el trabajo de la justicia penal. En particular no nos llama la atención quedarnos situados en una cómoda idea de “armonía” en las grandes tareas que tenemos por delante: por una parte, construir lo más rápidamente posible un sistema eficiente y eficaz de persecución penal, que no funde su falsa eficiencia en el abuso de poder y, por la otra parte, sostener los derechos fundamentales y las garantías judiciales en un contexto social y de violencia y grandes reclamos. Es preferible estar atentos a la existencia de estas tensiones antes que acomodarnos en ideas que nos permiten construir ficciones que ocultan el funcionamiento real del sistema penal.

- 3.** Ese punto de equilibrio es inestable y variado. Cambia según los momentos de la sociedad y cambia también según la clase de los delitos y las condiciones reales de la persecución penal y de la defensa de los derechos. Lo que empuja a que este equilibrio sea inestable son siempre otras fuerzas sociales. Tanto la fuerza de la eficiencia o de las garantías está sustentada en otras fuerzas. No debemos pensar en esta antinomia como si se tratara de principios vs. realidad. En ambas dimensiones existen problemas bien reales. Por una parte, existe el dolor de las víctimas que son afectadas por el delito, la inseguridad de la vida cotidiana y el temor generalizado que eso genera. Por el otro, tenemos la realidad de los abusos de poder, de las prisiones prolongadas, de los juicios sin defensa, de las condiciones carcelarias inhumanas o del abuso y brutalidad policial. Estas son dimensiones igualmente reales.
- 4** Pero el utilizar esta antinomia fundamental como concepto básico de comprensión no significa que ella nos muestre el problema principal que en estos momentos debemos resolver. Lamentablemente el problema principal de nuestros sistemas es que funciona mal en ambas dimensiones. Hoy contamos con un sistema de investigación y de persecución penal notoriamente ineficiente y al mismo tiempo con un sistema de garantías también débil e ineficiente. Es fundamental comprender que ambas debilidades no dependen una de otra. El sistema de investigación no es ineficiente por culpa de que existen muchas garantías ni el sistema de garantías es débil por culpa de la eficiencia de la persecución penal. Ambas debilidades son autónomas y tienen causas propias. Sin embargo, como es bastante común que se culpe a la existencia de derechos del imputado por la ineficacia de la investigación, o que se culpe a la existencia de una persecución penal por la falta de derechos del imputado, al uso de esa argucia la denominamos falsas antinomias. La superación de las falsas antinomias es la tarea principal que debemos encarar, porque ellas ocultan los verdaderos problemas.

Cuando hablamos de “problemas reales” sería muy importante contar con información precisa sobre el funcionamiento del sistema. Todavía no contamos con buenos sistemas de información que permitan construir una política criminal de base empírica. Existen muchos problemas en este punto, las estadísticas son endeble, no se comparte la información entre los actores, no existen analistas ni investigaciones o se realiza un verdadero seguimiento de la obtención de resultados.

- 5.** Por ejemplo, la incapacidad del ministerio público de preparar los casos, trabajar en equipo con la policía de investigaciones, contar con una organización moderna, eficiente

y que asigne inteligentemente los recursos, no tiene ninguna relación con la existencia de derechos del imputado sino con deficiencias propias del ministerio público. Por otra parte, la falta de defensa efectiva de los imputados o la demora en ser juzgados tampoco guarda relación con la eficiencia de la persecución penal sino que se vincula con la debilidad de la defensa pública, la falta de organización de las audiencias, la ineficiencia del sistema de fianzas, etc. Superar las falsas antinomias es el modo de prepararnos para solucionar los verdaderos problemas reconociendo sus verdaderas causas y no discursos de justificación que nos exigen de afrontar y solucionar las deficiencias.

Veamos que el nuevo Código Procesal Penal en los artículos 88 al 94 establece las bases para el trabajo en común con los órganos auxiliares de investigación y sienta las bases también para una adecuada relación entre ellos. Le corresponde a la restante legislación del Ministerio Público y de la Policía y en especial a las formas concretas de organización que asuman desarrollar esta forma mancomunada de trabajo. Algo similar ocurre con la organización de la defensa pública. Decir que estas tareas no se pueden cumplir por el aumento del derecho de los imputados es evidentemente falso. La dificultad para llevarlas adelante tiene que ver con la burocratización o con las costumbres o con los privilegios que algunos sectores gozan gracias a la impunidad, pero no guarda relación con el aumento de las garantías judiciales.

1.3. El juicio como formalización del conflicto

1. Otro de los conceptos centrales para la comprensión del cambio en la justicia penal es el que vincula el funcionamiento de la justicia con la idea del conflicto. Debemos partir de la idea de que vivimos en una sociedad conflictiva y la administración de justicia –y dentro de ella la justicia penal- forma parte del conjunto de mecanismos que tiene esa sociedad para gestionar la conflictividad. Es ilusorio pensar que se puede acabar con los conflictos en una sociedad. Incluso, eso no sería deseable porque ellos también son un motor del cambio y la evolución de nuestras sociedades. Sin embargo, no podemos dejar a esa conflictividad librada a su propia dinámica porque entonces siempre se impondrá en cada conflicto el más fuerte. Evitar que prevalezca en la resolución de los conflictos el más fuerte en razón de su propia fuerza es el principal objetivo de toda la política de gestión de la conflictividad. De este modo evitar el abuso de poder y la violencia aparecen como objetivos centrales del sistema de gestión de conflictos del cual forma parte la justicia penal.
2. Existen muchas formas de intervenir en la gestión de los conflictos. Normalmente en una sociedad existen planes de prevención de conflictos, de prevención de delitos, existen acciones disuasivas, se buscan formas conciliatorias, etc. Una de las formas de gestionar la conflictividad es cuando estos ingresan al sistema judicial. Cuando se trata de conflictos más graves aparece el proceso penal. Este vínculo entre el proceso penal es muy importante porque es la razón de ser de las formas procesales. Las formas procesales, en su sentido político, no son meros requisitos legales, rituales o fórmulas vacías. Las mismas buscan una formalización del conflicto para evitar la violencia y el abuso de poder. Con un ejemplo, esta idea se comprende fácilmente: si Pedro ha golpeado a Juan

y le causó lesiones, ese conflicto puede quedar sin ninguna intervención y Pedro logra imponerse porque es más fuerte o Juan puede responder y continuar con la violencia, quizás agravando la situación. La comunidad será espectadora de un conflicto que cada vez es más violento, o de un dolor que no tiene respuesta, o de una prepotencia que se impone. Cualquiera de estas situaciones es gravosa para las partes en conflicto y para toda la sociedad. Muy distinta es esta situación si ese conflicto es llevado a una sala de audiencia y allí Juan podrá acusar a Pedro (por sí mismo o a través de los fiscales), pero Pedro también podrá defenderse y alegar que el hecho no ocurrió, o no ocurrió como dice Juan, o tenía razones justificadas para golpearlo y la comunidad podrá observar que todo esto se realiza de un modo ordenado, respetando las reglas de juego, permitiendo que cada uno explique y defienda su versión y finalmente un juez tomará una decisión razonada. Vemos cómo las formas procesales cumplen una función pacificadora del conflicto, con independencia de la decisión final. Una de las razones por las que los ciudadanos no confían en la justicia tiene que ver con el hecho de que sus formas de actuación no son claras y sencillas y las decisiones siempre parecen arbitrarias.

El cumplimiento adecuado de las formas procesales se ha considerado siempre como una de las tareas importantes de la judicatura y parte de lo que denominamos “principio de objetividad” del Ministerio Público. No obstante, esa importante finalidad queda totalmente desvirtuada cuando las formas procesales se convierten en un puro formalismo, en rituales sin sentido o que ponen barreras infranqueables entre la gente y los funcionarios. Por tal razón, las formas procesales, como reglas de juego, deben ser pocas, claras y respetadas en todos los casos. Cuando así ocurre, el cumplimiento de las formas del proceso se convierte en una condición de confianza y no de rechazo. Esto es parte del giro copernicano que se debe realizar en nuestra administración de justicia. Las formas básicas del proceso las encontramos en los primeros artículos del Código Procesal. Los llamados Principios Fundamentales (arts. 1 a 28) no son formulaciones abstractas o principios sin contenido concreto que deben llenar los manuales. Al contrario, en esas normas se encuentran las formas procesales básicas que se deben respetar antes que nada y cuyo cumplimiento orienta a toda la justicia penal.

3. Lo dicho en el párrafo anterior es fundamental para comprender el valor del respeto de las reglas de juego que constituyen el proceso penal y en especial el juicio. No debemos ver esas reglas de actuación como un trámite sino como una formalización o ritualización del conflicto, creadas con la finalidad de pacificarlo y transmitir un mensaje firme de que el abuso de poder no es tolerado y que el más fuerte no prevalecerá por serlo. Esta función política de las formas procesales se cumplen de manera especial en el juicio y sus reglas de litigio. Si observamos con atención en el juicio existe un claro paralelismo entre el conflicto y el debate y ella es una de las razones para que aprendamos a respetar sus reglas. Ellas tienen este valor por sí mismas. Por eso podemos decir con toda razón que el litigio que se da en el juicio es un conflicto formalizado con la finalidad de pacificarlo y darle una respuesta, que por más que siempre dejará a una de las partes descontenta siempre debe aparecer como una respuesta razonable, respetuosa de las versiones de cada una de ellas y transparente. Nada más alejado de la idea del trámite y del cumplimiento de las reglas procesales como una pura fórmula sin sentido. Convertir el proceso penal en un trámite es una de los peores efectos de los sistemas inquisitivos, pues privan a la sociedad de uno de los principales instrumentos de gestión de los

conflictos, que es poder llevarlos a un tratamiento respetuoso en el marco de la sala de audiencia.

Obsérvese lo que dice el Art. 2 del CPP: "Los tribunales procuran resolver el conflicto seguido a consecuencia del hecho punible, para contribuir a restaurar la armonía social. En todo caso, al proceso penal se le reconoce el carácter de medida extrema de política criminal" de investigaciones o se realiza un verdadero seguimiento de la obtención de resultados.

- 4 Además de esta función política primaria, las formas procesales cumplen otras dos funciones principales: por una parte, estas permiten canalizar los reclamos de las víctimas y del conjunto de la sociedad y por ello se constituyen en una condición de la tutela judicial; por la otra, ellas procuran que no se abuse del poder penal del Estado y de sus órganos de persecución penal que están al servicio de los acusadores y por ello esas formas constituyen el sistema de garantías. Como vemos, la tensión entre eficiencias y garantías se manifiesta nuevamente aquí como en todo el sistema penal.

Por una parte, el CPP (Art. 27) señala: "La víctima tiene derecho a intervenir en el procedimiento penal y a ser informada de sus resultados en la forma prevista en este código". Allí se consagra la tutela judicial que reclama la Constitución y los Pactos Internacionales de Derechos Humanos. Por otra parte los Art. 3, 4, 5, 7, 8, 9, 10, 13, 14, 15, 18 y otros establecen los principios de protección de todo ciudadano que conocemos como sistema de garantías. En uno u otro sentido, el Art. 1 del CPP establece la obligación de aplicar, antes que nada, los principios y formas procesales previstas en la Constitución de la República.

1.4 La tutela judicial efectiva

1. Uno de los mayores problemas de los sistemas de tipo inquisitorial es que han abandonado la idea de tutela judicial de la víctima. Si bien a ella se la nombra en los discursos y en los reclamos, en la realidad del sistema de justicia penal la víctima está desprotegida y abandonada y su lugar es ocupado por un Ministerio Público que en los hechos, en su práctica cotidiana no se ocupa de ella. Uno de los objetivos del sistema adversarial es recuperar en la práctica el lugar de la víctima y protegerla de un modo efectivo. Ello se logra de dos maneras: por una parte, evitando que los fiscales se abstraigan del problema de la víctima, que no se piensen a sí mismos como funcionarios que defienden un concepto abstracto (el interés general, la sociedad, la legalidad, etc.) y no se ocupan de las víctimas concretas de carne y hueso que tienen en frente. Cuando decimos que los fiscales son los abogados de las víctimas, queremos destacar esta necesidad. Por otra parte, es necesario permitir que la víctima misma asuma un papel importante como acusador dentro del proceso penal en defensa de sus propios intereses.
2. La primera dimensión influye en la forma en que el Ministerio Público organiza sus tareas de un modo concreto. En primer lugar, esta nueva actitud se debe poner de manifiesto en la manera como se trata y se atiende a la víctima. Ella no es la portadora de información que necesita el fiscal, sino que es la razón de su trabajo. En todo delito hay siempre

víctimas concretas. Algunas veces, son fácilmente identificables, como en un robo, unas lesiones, una estafa o un abuso sexual. Otras veces son víctimas grupales, comunitarias, colectivas y aun cuando usamos conceptos tales como “ese delito afecta a la sociedad en su conjunto” ello no es una abstracción sino el conjunto de dominicanos de carne y hueso. Por otra parte, estos niveles y clases de víctimas son concurrentes, de tal modo que cuando decimos que un robo violento también afecta a la sociedad esto quiere decir que dos tipos de víctimas concurren en el daño, con la particularidades propias de cada una, pero nunca que una desplace a la otra. En segundo lugar, esta nueva actitud se debe manifestar en el modo como se prepare el caso. El fiscal debe defender el interés de la víctima y para ello debe saber con claridad cuál es ese interés. Cuando existan concurrencias de víctimas deberá atender a todos y si ellos son incompatibles sólo allí deberá darle primacía al interés preponderante. En tercer lugar, el modelo organizacional del ministerio público debe ser lo suficientemente abierto como para que sea amable para la víctima, un lugar institucional donde ella sepa que puede recurrir.

3. La segunda dimensión se relaciona con la figura del querellante. El querellante es un sujeto procesal que puede actuar en el proceso como acusador con facultades plenas. Ya sea que se trate de aquellos casos en los que la persecución penal recae sólo en la víctima (querellante exclusivo) o cuando comparte ese papel con el fiscal (querellante conjunto) siempre las facultades del acusador particular son plenas, con las limitaciones que le impone, por supuesto, el sistema de garantías. Cuando estos dos sujetos actúan de un modo coordinado y armónico, las posibilidades de fortalecer la tutela judicial aumenta. Dada la importancia y dificultad que tiene consolidar una política eficaz de lucha contra la impunidad, es de vital importancia conjugar los esfuerzos del Estado y de las organizaciones sociales.

Una de las mayores novedades del nuevo CPP son las amplias facultades que le otorga a la víctima para actuar como acusador en el proceso penal. Dice el Art.85: La víctima puede promover la acción penal y acusar. En los hechos que afectan intereses colectivos pueden hacerlo las organizaciones de la sociedad civil y en los hechos vinculados a corrupción de funcionarios o violaciones a los derechos humanos se entiende que cualquier persona puede constituirse como acusador porque ellos afectan a toda la colectividad de un modo muy grave. Además de estas facultades como querellante, la víctima tiene otros derechos y facultades previstos en los artículos 83 y 84, que le permiten controlar el proceso y mantenerse informada, aún cuando el caso lo lleve el Ministerio Público.

1.5 El sistema de garantías

- I. La segunda función de las formas procesales se relaciona con la construcción de límites al poder penal. El uso del poder penal ha generado a lo largo de la historia muchas arbitrariedades. Sería miope aquella generación que desconociera los sufrimientos que el uso arbitrario e injusto de la justicia penal ha causado a lo largo de la historia. En la mayoría de nuestros países esa historia es demasiado reciente como para poder obviarla. El incumplimiento de los límites pensados para evitar el uso arbitrario e injusto del poder

penal no sólo produce daños a quienes sufren sus consecuencias directas, sino que es la principal causa de desconfianza en la administración de justicia y, además, acostumbra a los acusadores a ser ineficientes y no preocuparse por preparar su caso y presentar ante el tribunal la verdadera prueba. Así que los efectos nocivos del desconocimiento del sistema de garantías se extienden a todo el sistema.

2. El primer paso en la construcción del sistema de garantías consiste en evitar que las decisiones judiciales se funden en meras razones de interés, en puros argumentos de utilidad. No es admisible que una persona sea condenada porque sea enemiga de alguien poderoso o temamos lo que pueda hacer en el futuro, ni siquiera porque sea el “enemigo del pueblo”, o nos conmueva el dolor de la víctima. Menos aun porque los medios de comunicación lo “condenaron” o porque así lo pide la “opinión pública”. Para evitar estas desviaciones arbitrarias la primera condición del ejercicio del poder penal es que a una persona la condenen solamente por lo que ha hecho. El principio del “hecho” o “principio de exterioridad” que obliga a los jueces a determinar la existencia de un hecho para fundar una reacción penal es la base de todo el sistema de garantías, porque a partir de allí se organiza todo el litigio y la producción de la prueba.
3. Pero este principio es condición necesaria mas no suficiente. Ha sido tan intensa la tentación de utilizar el poder penal para fines espurios que las distintas generaciones (en este campo es fundamental la perspectiva histórica) han construido otros límites complementarios del principio del hecho. En primer lugar es necesario calificar ese hecho. Por lo tanto, además de su existencia, se requerirá que ese hecho esté previsto en la ley como delito. El principio de legalidad que expresamos con la fórmula “nullun crimen, nulla poena sine lege” expresa esta necesidad y esta conquista. Pero tampoco ha sido suficiente con este nuevo principio, ya que la existencia de delitos fijados con anterioridad al hecho no ha sido suficiente para frenar la arbitrariedad y, en particular, no ha impedido que se le atribuyan a las personas hecho respecto de los cuales, en realidad, no eran responsables. Por tal motivo, además de un hecho, previsto con anterioridad por la ley, se exige que ese hecho sea de tal naturaleza que se pueda decidir que la persona juzgada es responsable de él, es decir, que lo cometió a pesar de que podía evitarlo. Este principio es lo que conocemos como principio de culpabilidad.
4. Pareciera que con estos resguardos podemos sentirnos fortalecidos. Sin embargo, la experiencia histórica también ha demostrado que el poder penal no siempre se ha utilizado para lograr verdaderas finalidades sociales o se lo ha usado desmedidamente. Por eso, también otras generaciones han creído que eran necesarios otros límites. En primer lugar, se debe asegurar que ese hecho del cual soy culpable haya causado un verdadero daño a un tercero. Así evitamos que el poder penal se utilice para lograr finalidades morales (impropio de la actividad estatal) o simplemente para fortalecer la autoridad del Estado sin importar si se ha causado algún daño a otros ciudadanos. Para tratar de evitar estas distorsiones se ha fortalecido el principio de lesividad (no se puede castigar a alguien si no ha causado un daño a terceros, no se la puede castigar por la simple desobediencia). Por otra parte, el poder penal y sus instrumentos principales, en particular la cárcel, es un instrumento muy violento, una forma de intervención en los conflictos de alta intensidad y se debe evitar que se lo utilice más allá de su justa medida

y austeramente (economía de la violencia). Con este principio de “proporcionalidad” buscamos evitar el efecto de un desborde del poder punitivo.

5. Estos cuatro principios (legalidad, culpabilidad, lesividad y proporcionalidad) que complementan el juzgamiento del hecho, han sido desarrollados por la jurisprudencia y la doctrina a través de lo que conocemos como “teoría del delito”. A través de ella se han desarrollado otras consecuencias de estos principios, tales como la necesidad de que la conducta esté tipificada de un modo preciso, las consecuencias del error o las causas de inculpabilidad, el desarrollo de la teoría del bien jurídico o los criterios de determinación de la pena. Todos estos principios son utilizados para evitar la arbitrariedad de la decisión y por ello le exigimos al juez que decida si se encuentran presentes en el caso y a los acusadores que demuestren que concurren. Es con este sentido que decimos que el juez debe comprobar que ellos existen, es decir, debe admitir como verdadero lo que le presentan los acusadores o desechar lo que ellos presenten porque no han demostrado que concurren esos requisitos.
6. Pero de poco servirían tantos resguardos si el modo como se comprueba la existencia de esos requisitos es, en sí mismo, arbitrario. El modo como el juez debe comprobar la existencia de lo que le proponen los acusadores está sujeto a reglas de conocimiento que constituyen el juicio oral y público. En primer lugar, de poco servirían tantos resguardos si el juez ya tiene tomada su decisión antes de conocer las pruebas de los acusadores, tiene preconceptos o prejuicios acerca de lo que debe decidir o no formará su convicción en base a lo que ocurra en la sala de audiencia sino en base a otra fuente (documentos, expedientes, etc.). Por ello el juez debe ser imparcial, debe actuar como tal, y debe construir su decisión sobre la base de lo que las partes le presentan en la sala de audiencia y él observa directamente (inmediación).
7. Esta decisión del juez no puede ser el resultado de un análisis unilateral. Para que pueda estar seguro de que su decisión no es arbitraria o incompleta, debe escuchar los argumentos de ambas partes y permitir que cada una de ellas le brinden los elementos que apoyan su versión del caso y que puedan examinar las pruebas y los argumentos de su contraparte. El principio de contradicción, que asegura el carácter adversarial del juicio, es central para permitir que el juez construya una sentencia segura basada en la fortaleza de las pruebas y su análisis y no en presunciones de culpabilidad. La imparcialidad del juez y las reglas adversariales del litigio son las dos caras de una misma moneda. Un juez no puede ser imparcial sino asiste a un litigio adversarial y no se respetan las reglas de la contradicción si el litigio no se lleva delante de un juez imparcial. Esto muestra la enorme importancia de respetar de un modo estricto estas reglas de juego, pues estas son las que hacen que el juicio penal se convierta en una forma de juego limpio, de juicio justo o regular.
8. Por otra parte, la posibilidad de que esa decisión sea arbitraria o que se violen las reglas de la imparcialidad y contradicción aumentan si toda esta actividad se hace de un modo secreto o poco transparente. Además, existe una larga experiencia de los males que ha causado una justicia penal secreta. El principio de publicidad asegura que la sociedad pueda controlar que en el juicio se cumplen las reglas y que las decisiones de los jueces se funden en lo que ocurrió en la sala de audiencias. Vemos, pues, que cuando

decimos que una persona tiene derecho a un juicio antes de ser condenada, lo que queremos decir es que la decisión de imponerle una pena sólo se puede tomar después de permitir que esa persona se entere del hecho por el cual es acusada, los acusadores estén obligados a presentar la prueba de su imputación, ella pueda presentar su versión de lo ocurrido, presentar su propia prueba, examinar la prueba de los acusadores y discutir sus argumentos. Decimos, también, que el juez debe tomar la decisión sobre la exclusiva base de lo que pudo observar y escuchar en esa sala de audiencias y sobre la base de los argumentos y peticiones de las partes. Finalmente, decimos que todo esto se debe realizar de un modo público y transparente para que, por más que la decisión final siempre va a dejar a alguien descontento, todos puedan aprobar que las reglas de juego fueron respetadas y no hubo nada arbitrario. Para asegurar esta idea tan simple pero tan importante en el desarrollo de una administración de justicia confiable para la ciudadanía, existe el sistema de garantías.

9. Por otro lado, las partes para fundar sus peticiones deberán presentar información, datos que permitan reconstruir lo que ha sucedido. Así como el sistema de garantías fija reglas específicas acerca de lo que debemos entender como un hecho, o fija reglas muy claras acerca de cómo se debe discutir y decidir, también fija reglas acerca de cómo recolectar, presentar, examinar y reconstruir la información que permite tomar la decisión. La presentación y el examen y la discusión sobre la información que nos permite reconstruir lo sucedido y tomar una decisión, es el núcleo central del debate oral y público y por ello es indispensable que las partes tengan capacidad para hacerlo (técnicas de litigación). Desde el punto de vista del sistema de garantías, existen reglas de prueba que establecen límites a la obtención, producción y presentación de la información, así como reglas acerca del uso posible de la información obtenida de un modo irregular (prueba ilícita) o la conectada con ella (los frutos del árbol envenenado). Desde el punto de vista de la valoración de la prueba, existen estándares probatorios que señalan el tipo y el nivel de información que se necesita para que una decisión no sea arbitraria y esté bien fundada.

I. 6 La centralidad del juicio en el sistema adversarial

- I. Como ya hemos analizado, establecer el sistema acusatorio o adversarial y dejar atrás el sistema inquisitorial consiste en modificar el modo como la justicia penal participa en la gestión de los conflictos. Dado que la justicia penal se enfrenta a conflictos graves, el modo como se actúa ante ellos es de vital importancia y por ello no sólo importan las decisiones finales sino cómo se llega a ellas. Las reglas de juego del sistema adversarial, su carácter sencillo y la experiencia histórica que se acumulado alrededor de las mismas, las hacen mucho más convenientes tanto para volver al sistema más eficiente como para preservar a los ciudadanos de la arbitrariedad en el uso del poder penal. Su adopción plena nos permite abandonar el modo inquisitorial que con sus trámites, sus formalismos, su descuido por las personas, su secreto y el desprecio por la actividad de las partes, ha demostrado ser tanto un sistema ineficiente como arbitrario. Por el contrario, cuando formalizamos los conflictos de un modo adecuado (sin ritualismo,

sin rutina, sin burocracia) y aceptamos la lógica adversarial que está inscrita en la lógica del conflicto mismo, esas formas cumplen una función pacificadora. Es en el juicio oral, público y contradictorio donde esas reglas se fijan con claridad. Es en ese juicio donde estas deben ser respetadas de un modo claro y simple, porque en su sencillez reside su fuerza. Por otra parte, esas reglas del juicio se convierten en el parámetro a seguir por todas las decisiones judiciales.

- 2.** Conocemos esta función del juicio oral, público y contradictorio en la configuración de todo el sistema procesal como centralidad del juicio. Con ello no queremos decir que todos los casos deben llegar a esa instancia, porque eso sería muy difícil de lograr y además muy costoso. Pero sus reglas principales se deben tomar como un parámetro válido y ejemplar para todas las decisiones judiciales y la actividad de las partes. De allí que durante toda la preparación del caso y durante el control que se produce con las impugnaciones, el juez y las partes deben bajo esos principios (de allí que cada vez que exista un planteo que requiera una decisión judicial se deba convocar a una audiencia que reproduzca, de forma adecuada, la decisión que se deba tomar; las condiciones del litigio adversarial y público.
- 3.** Finalmente, la consecuencia más importante de la idea de centralidad del juicio es que todo imputado siempre tendrá derecho a que antes de aplicarle una sanción penal se realice un juicio oral, público y contradictorio según las reglas que hemos reseñado. Podrá aceptar libremente otras salidas alternativas o, incluso, podrá aceptar libremente formas simplificadas o abreviadas para llegar a la decisión, pero nadie podrá quitarle el derecho de solicitar en todos los casos la realización de un juicio pleno y público.

Unidad II

Actividades Iniciales y Diligencias Preliminares

Autor

Daniel González Álvarez



Contenido:

- El Procedimiento Preparatorio en el Proceso Penal Dominicano • Aspecto Preparatorios
- Actos Judiciales del Procedimiento • La Privacidad y el Secreto de las Actuaciones • La Actividad Policial • La Investigación Fiscal (La Investigación Preparatoria) • La Investigación de Juez en el Procedimiento Preparatorio • La Investigación de las Partes en el Procedimiento Preparatorio
- Actos Conclusivos del Procedimiento Preparatorio

II. El procedimiento preparatorio en el proceso penal dominicano

En estas líneas abordamos la unidad sobre el procedimiento preparatorio para la Escuela Nacional de la Judicatura, según las exigencias previamente establecidas en el programa para los cursos de capacitación de los funcionarios judiciales y para el resto de los operadores del sistema judicial: defensores públicos, fiscales y policías. En el texto agregamos otros aspectos que en nuestra opinión también son de gran importancia para abordar la comprensión de esta fase del procedimiento.

II.1 Aspectos introductorios

En el nuevo proceso penal podemos distinguir, al menos, cinco fases principales: el procedimiento preparatorio, el procedimiento intermedio, la fase de juicio, la etapa de impugnación de la sentencia, y finalmente la fase de ejecución.

Siguiendo una clasificación ya hecha por Binder, podemos afirmar que en la estructura del proceso penal se aprecian cinco momentos básicos, que responden a las etapas ya señaladas, a saber: un primer momento que consiste en la admisión del caso, donde se determina cuáles ingresan al sistema y cuáles no; un segundo momento donde se determina la relevancia del caso, para establecer si debe ir a juicio o no; un tercer momento determinado por el juzgamiento del caso, es decir el juicio, para establecer o descartar la existencia del hecho y la responsabilidad del acusado; un cuarto momento determinado por el control del juzgamiento, donde se articulan los recursos; y finalmente un último momento de la ejecución, donde se establecen las formas y los modos de cumplimiento de la pena. Cada una de esas estructuras es un patrón de funcionamiento de seis elementos: sujetos, actos, tiempo, espacio, coerción y caso (hipótesis fáctica mas petición y decisión).

Pretendemos describir en estas líneas la estructura del procedimiento preparatorio, con el fin de facilitar el estudio y el análisis del nuevo sistema procesal. Entendemos que el conocimiento de la estructura del proceso es de suma importancia para tener una visión más o menos completa de la reforma, pero coincidimos con Binder al afirmar que ello no garantiza el conocimiento del proceso penal ni mucho menos del Derecho Procesal Penal.

El estudio de la estructura del sistema procesal no debe tampoco subestimarse, puesto que "... muchas de las peores distorsiones de las garantías y principios fundamentales provienen de una estructura incorrecta o de las distorsiones que la práctica genera en la propia estructura del proceso penal..."¹. Es indispensable entonces conocer y manejar adecuadamente la estructura y el diseño del sistema, a sabiendas de que se trata de un conocimiento parcializado, pues lo importante será siempre comprender que el proceso constituye un medio para tratar conflictos surgidos entre seres humanos, con determinados fines o aspiraciones, en especial en procura de una solución o una redefinición del problema, para convertirlo en otro al menos de menor violencia y menor costo social.

¹ Ibídem, p. 207.

La base de la transformación del sistema procesal penal no se agota, desde luego, en el nuevo Código Procesal Penal. Es necesario también una reforma organizacional que debe complementar los cambios y que habrán de reflejarse necesariamente en la estructura del Ministerio Público, en la de los órganos jurisdiccionales y en menor grado en la propia estructura policial. Haremos referencia exclusiva a la parte relativa al Código Procesal Penal, de manera que nuestras observaciones deberán complementarse con esos otros procesos de reforma. Para ello debe comprenderse que "...no es posible poner en vigencia un nuevo Código Procesal Penal sin una nueva ley de organización judicial, al menos cuando la reforma no consiste en pequeños remiendos normativos a las reglas del procedimiento, sino, antes bien, en una profunda transformación de la manera según la cual se administra justicia penal"².

Por último, es necesaria también una precisión conceptual. El nuevo Código Procesal Penal Dominicano no menciona, al menos formalmente, la existencia de la fase intermedia. Dentro del procedimiento preparatorio se incluyen las actividades procesales a realizar en la "audiencia preliminar", que corresponde en sentido estricto a la fase intermedia, y a su vez se le asigna al juez de la instrucción la competencia para intervenir durante todo lo que se denomina procedimiento preparatorio. Sin embargo, apreciando la verdadera naturaleza de los actos que se cumplen en la audiencia preliminar; la actividad de los sujetos procesales, los roles que se le asignan, y principalmente las razones por las cuales se articula dicha audiencia, debemos concluir que se trata de una fase distinta de la inicial, razón por la cual la distinguimos de la fase preparatoria. Obsérvese, además, que algunas de las disposiciones del propio Código hacen referencia al Procedimiento Preparatorio, sin incluir dentro de él la actividad procesal de la audiencia preliminar; como por ejemplo en el artículo 150, donde se señala que el Ministerio Público debe concluir el procedimiento preparatorio con el respectivo requerimiento, es decir; señala que esa fase concluye con la acusación o el archivo, no obstante que después continúa el procedimiento con la audiencia preliminar. En el artículo 286 se señala que las partes tienen la potestad de proponer diligencias de investigación en cualquier momento del procedimiento preparatorio; obviamente, aquí no se incluye la fase intermedia, porque ya en la audiencia preliminar se presume que la investigación ha concluido.

II.2 Actos iniciales del procedimiento

El curso del procedimiento puede ser instado por denuncia de cualquier ciudadano o funcionario público y de oficio por los órganos encargados de la persecución penal (Policía, Ministerio Público). Ahora también se agrega la querrela formulada por la víctima o por cualquier ciudadano en ciertos casos.

Cuando surge la noticia de delito por lo general se sabe muy poco acerca del hecho y de todas sus circunstancias, lo que hace evidente la necesidad de investigar con el fin de reconstruirlo hasta donde sea posible, para examinar si se trata de un hecho delictivo o no y si se dan los supuestos para la aplicación de la ley penal a un determinado sujeto.

2 MAIER, Julio. "Hacia una nueva justicia penal". En: Anteproyecto de Ley Orgánica para la Justicia Penal y el Ministerio Público. Buenos Aires: Cuadernos de la Revista Doctrina Penal; Depalma, 1988. p. Véase también MAIER, Julio B.J. y BINDER Alberto. "Exposición de motivos del Anteproyecto de ley orgánica para la justicia penal y el Ministerio Público" En: Doctrina penal, teoría y práctica en las ciencias penales. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1988. pp 8 a 16. (No.2)

Normalmente la maquinaria represiva comienza a funcionar con la denuncia, que puede realizar cualquier persona que tenga noticia de la posible existencia de un hecho delictivo de acción pública (artículo 262 CPP). La denuncia puede hacerse verbalmente, cuando el ciudadano se presenta ante la autoridad (Ministerio Público y Policía Judicial) y pone en su conocimiento el hecho; o bien puede presentarse por escrito (artículo 263 CPP).

Por regla general la denuncia constituye una facultad, que cada ciudadano examina si la ejerce o no en un caso concreto, según las circunstancias. No se trata de una obligación, y por regla el ciudadano no asume ninguna responsabilidad cuando decide no poner en conocimiento de la autoridad una noticia de delito. “Un Estado en el que los ciudadanos tuvieran esa obligación sería un estado policial en el que cada ciudadano se convertiría en garante del orden”³.

Pero por excepción se establece que algunas personas están obligadas a denunciar por razones legales, éticas o profesionales. Tales son los supuestos que establece el artículo 264 del nuevo Código Procesal Penal: a) respecto de los funcionarios o empleados públicos que conozcan los hechos en el ejercicio del cargo; b) los profesionales que ejercen cualquier ramo del arte de curar; y c) “*los contadores públicos y los notarios públicos, respecto de infracciones que afecten el patrimonio o ingresos públicos*” (art. 264 CPP).

La **querrela** también constituye otra forma de instar el procedimiento en delitos de acción pública. La pueden formular la víctima, respecto de delitos cometidos en su perjuicio, o cualquier persona cuando se trate de hechos atribuidos a funcionarios públicos. (artículo 85 CPP). Tratándose de hechos punibles que afectan intereses colectivos o difusos, pueden constituirse como querellante las asociaciones, fundaciones y otros entes, siempre que su objeto se vincule directamente con esos intereses (art. 85 CPP).

Finalmente, los órganos encargados de la persecución penal pueden iniciar su propia actividad de oficio, es decir, sin necesidad de instancia especial de alguna persona o autoridad, cuando se trata de delitos de acción pública. Desde ese punto de vista dichos órganos tienen una amplia facultad de iniciativa en la investigación. Por lo general ellos toman noticia directa de un hecho aparentemente delictivo, y a partir de entonces se inicia toda la actividad procesal (Artículos 30, 88, 91, 273 CPP).

En relación con los delitos de acción pública pero perseguibles sólo a **instancia privada**, el Ministerio Público no puede ejercer la acción penal sino hasta después de que quien tenga derecho a instar haya formulado la denuncia. Sin embargo, aún antes de producirse esa instancia, podrán realizarse todos aquellos actos urgentes que tiendan a impedir la continuación del hecho o los imprescindibles para conservar los elementos de prueba, siempre que no afecten la protección del interés de la víctima (artículo 31 CPP).

Cuando el hecho configure un delito de **acción privada**, el proceso sólo podrá iniciarse cuando la persona legitimada para hacerlo formula la respectiva querrela, pero en estos casos no hay etapas previas al juicio, ya que se presenta directamente ante el Tribunal de Sentencia (artículos 32, 359 y ss. CPP).

³ BINDER, Alberto. Ob. Cit., p. 211.

El régimen jurídico de esta querrela por delitos de acción privada debe distinguirse de la querrela que por delitos de acción pública pueden formular ciertas personas autorizadas para hacerlo (Arts. 85 y 267 CPP).

II.3 La privacidad y el secreto de las actuaciones

En una clara defensa a dos intereses básicos, el nuevo Código dispone que “el procedimiento preparatorio no es público para terceros” (artículo 290).- Con ello se quiere tutelar, por un lado, la propia investigación y la aplicación de la ley penal, en la medida en que al inicio de las indagaciones la publicidad puede comprometer el éxito de las mismas, al poner sobre aviso a los involucrados y a sus encubridores, quienes alertados no sólo eluden la acción de la justicia sino además desaparecen los rastros del delito; y, por otro, se tutela también la imagen y el prestigio de los investigados, pues al inicio pueden aparecer algunas personas como sospechosas de haber realizado un hecho delictivo, pero se trata de hipótesis iniciales que requieren de verificación.

Los medios de comunicación tienen una gran responsabilidad al momento de orientar a los ciudadanos sobre la persecución del delito, en especial cuando se encuentran involucrados grandes intereses o de altos funcionarios. Sin embargo, no podemos dejar de reconocer, como muy bien se ha expuesto, que “el juez de instrucción, que ya era “el hombre más poderoso de Francia” a juicio de Napoleón, se convierte en un poder casi omnímodo cuando utiliza la prensa como caja de resonancia. Y es que una inculpación pública equivale a un juicio. La presunción de inocencia desaparece y el verdadero juicio en primera instancia se asemeja a un veredicto de la opinión pública... porque el primer juicio, el de la opinión pública, equivale siempre a una condena...”⁴.

En consecuencia, ese mecanismo debe utilizarse con sumo cuidado en protección de aquellos intereses. Como complemento de esas prohibiciones, el artículo 95 apartado 8 del nuevo Código dispone que el imputado tiene derecho a “no ser presentado ante los medios de comunicación o ante la comunidad en forma que dañe su reputación o lo exponga a peligro”, aspecto que se ratifica al exigirse a las autoridades de policía que no pueden permitir la presentación del arrestado a ningún medio de comunicación social o la comunidad, sin su expreso consentimiento manifestado en presencia de su defensor (art. 276.6 CPP). Estas disposiciones son también confirmadas por la obligación de los funcionarios que participan de la investigación de guardar discreción sobre las actuaciones cumplidas (art. 290 CPP).

En nuestro criterio la prohibición se refiere a los funcionarios y a las personas que por alguna razón deban intervenir en el proceso, como las partes, los testigos, los peritos, los traductores e intérpretes, y demás empleados administrativos de los Tribunales, de la policía y del Ministerio Público. No comprende a los medios de comunicación colectiva, pero sobre ellos hay otras restricciones respecto de las informaciones provenientes de los juicios públicos, cuando se puedan afectar intereses como los secretos oficiales, la integridad de los declarantes o el derecho del imputado y la víctima a un juicio imparcial y justo (artículos 308 y 309 CPP). Desde luego es de esperar que estas potestades que autorizan ciertas restricciones sean utilizadas con mesura, con

4 MINC, Alain. La borrachera democrática. El nuevo poder de la opinión pública. Madrid: Temas de Hoy S.A., 1995. p.97.

el fin de no desnaturalizar la publicidad del debate, y la información de los ciudadanos sobre lo que ocurre en los tribunales de justicia⁵.

Cuando en contra del imputado no se ha pedido una medida de coerción, ni se ha solicitado realizar un anticipo de prueba, el Ministerio Público está facultado para ordenar el secreto total o parcial de las actuaciones, siempre que sea indispensable para el éxito de un acto concreto de investigación (art. 291 CPP). Esta medida debe ser interpretada en forma muy restrictiva, según lo ordena el artículo 25 del Código, porque de ser generalizada podría obstaculizar el ejercicio del derecho de defensa y los derechos de la víctima.

II.4 La actividad policial

II.4.1 Las diligencias preliminares

Dentro del procedimiento preparatorio podemos ubicar lo que el propio Código denomina las “diligencias preliminares”, es decir las indagaciones propias que realiza la policía inmediatamente después de haber tenido noticia de la posible existencia de un hecho delictivo.

Se trata de una actividad típica de investigación, cuyo propósito consiste en “...obtener y asegurar los elementos de prueba, evitar la fuga u ocultamiento de los sospechosos, recibir las declaraciones de las personas presentes e impedir que el hecho produzca consecuencias ulteriores...” (artículo 274, véanse también arts. 91 y 92 del CPP).

Para proceder a realizar su investigación, la policía tiene una serie de atribuciones que son señaladas en forma concreta en las disposiciones relativas a los medios de prueba (arts. 166 y ss. del CPP), como por ejemplo practicar inspecciones (173 CPP), levantamiento e identificación de cadáveres (174 CPP), practicar registros de personas, lugares o cosas, salvo el que requiere orden de juez (arts. 175 y 180), entrevistar personas presentes en el lugar del hecho (274 CPP), y las que establezcan otras leyes especiales que no contradigan las exigencias previstas en el nuevo Código Procesal Penal⁶.

Incluso la policía puede arrestar a una persona cuando se trate de delitos cometidos en flagrancia, de reos prófugos y cuando tiene en su poder evidencias que permitan deducir que puede ser autor de un delito y existe la posibilidad de que pueda fugarse (art. 224 CPP). Para tales efectos la policía debe ponerla inmediatamente a la orden del Ministerio Público, para que éste valore la situación o si lo estima procedente pida al Juez la aplicación de una medida de coerción, dentro de las veinticuatro horas contadas a partir de la captura (artículo 224 CPP), para lo cual debe seguir todas las medidas señaladas en el artículo 276 CPP.

5 Sobre el tema véanse NUVOLONE, Pietro. “Segreto istruttorio e informazione” En: La ricerca sulla giustizia del Centro per la Riforma dello Stato. Quali Garanzie (Italia), 1997. pp. 416 ss; y CASTILLO GONZÁLEZ, Francisco. “La publicidad en el Código Procesal Penal” En: Revista de Ciencias Penales. San José, 1977. N° 32 pp. 11 y ss.

6 Sobre las funciones de la policía cfr: HIDALGO MURILLO, José Daniel. Manual de derecho procesal penal para la investigación policial. San José: Escuela Judicial, 1995. PP. 117 y ss.

Finalmente, conforme exponemos a continuación, la policía debe realizar los actos de investigación que le encargue el Ministerio Público, y puede realizar todas aquellas facultades establecidas en leyes especiales, siempre que no hayan sido derogadas, incluso implícitamente, por el nuevo Código Procesal Penal.

II.4.2 La subordinación funcional de la policía respecto del Ministerio Público

Para la práctica de estas diligencias preliminares, el nuevo Código dispone que la policía que realiza funciones de investigación está subordinada al Ministerio Público, con el propósito de hacer más eficiente la investigación y la recopilación de los elementos probatorios que deberán ser incorporados legalmente al proceso (véanse los artículos 22, 88, 92, 93, 259 CPP, entre otros).

Los fiscales deben orientar jurídicamente la labor policial. Tanto ellos como los policías son los que con mayor cuidado y esscrúpulo deben respetar las garantías procesales y los derechos fundamentales del imputado, ya que el irrespeto de aquellas normas trae como consecuencia la inutilización de evidencias que de otra manera pudieron servir para acreditar la existencia del hecho y la responsabilidad del acusado. Muchas investigaciones policiales no han tenido mayor éxito en los tribunales en virtud de haberse quebrantado garantías procesales y derechos fundamentales, en especial en lo que se refiere a la forma y los métodos de recoger esas evidencias, al momento de su descubrimiento o custodia, las que luego fueron invalidadas en el proceso, provocando situaciones de impunidad.

El fiscal debe ser un sujeto atento a orientar la labor policial, en especial en lo que se refiere a las garantías procesales. La verdad es que entre mayor participación se le permita al imputado y a la defensa en la adquisición de los elementos probatorios, mayor será el grado de confianza que los juzgadores depositarán en dichas pruebas, sobre todo en un sistema donde rigen los principios de libertad probatoria y libre valoración conforme a las reglas de la sana crítica⁷.

Esta dirección técnica del Ministerio Público sobre la policía es fundamental, puesto que, como bien se ha afirmado, aun cuando "...la titularidad de la acción penal esté reservada por la ley y la Constitución a los magistrados del Ministerio Público, son en realidad los cuerpos de policía los que, mediante sus denuncias e informes, ejercen el poder de dar impulso a la misma, controlan e influyen la marcha de la instrucción, recogen las pruebas, orientan o desvían las investigaciones... El principio constitucional según el que "la autoridad judicial dispondrá directamente de la policía judicial" se convierte así, realmente, en su contrario: es la policía judicial quien dispone directamente de la autoridad judicial, orientando su trabajo conforme a las propias opciones e intereses.⁸"

Esta deformación práctica es más real cuanto más independiente es la policía del Ministerio Público y de los jueces. Por esa razón el nuevo Código Procesal Penal delinea una mayor adscripción

7 MORA MORA, Luis Paulino, y GONZÁLEZ ÁLVAREZ, Daniel. "La prueba en el Código Procesal Penal Tipo para América Latina" En: Ciencias Penales, N° 5, marzo-junio 1992, pp. 53 y ss.

8 FERRAJOLI, Luigi. "Por una reforma democrática del ordenamiento judicial". En: política y justicia en el estado capitalista. Barcelona: EF, 1978. p. 180.- Véanse también ARROYO GUTIÉRREZ, José Manuel. "Bases para una legislación policial en Costa Rica" En: Ciencias Penales N° 5, San José, marzo-junio 1992, pp. 9 ss; y SPANGHER, Giorgio y VOENA, Giovanni Paolo, Soggetti, Profili del nuovo Codice di Procedura Penale. 3° ed. a cura di Giovanni Conso e Vittorio Grevi. Padova: CEDAM, 1993. pp. 42 y ss.

policial al Ministerio Público, con nuevas opciones de colaboración y dirección técnica. Se trata de una relación de colaboración y dependencia técnica, no de una subordinación administrativa.

El tema no ha sido pacífico. Se opina que "...el Ministerio Público no es ningún funcionario de investigación en la gran mayoría de los delitos de pequeña y mediana gravedad, sino, al contrario, un funcionario que trabaja las actas. Ello quiere decir que el fiscal, en la gran mayoría de los casos criminales, es enterado de la existencia del procedimiento sólo después de la conclusión de las investigaciones policiales, investiga muy poco personalmente y no puede modificar demasiado el resultado de la averiguación policial con las investigaciones por él dispuestas...", por esa razón, concluye este autor, "...a la policía debe serle concedida responsabilidad propia en el ámbito de la conducción de la investigación fáctica en virtud del progreso técnico, de sus nuevas y crecientes tareas y de la estructura personal mejorada, como también por su pericia superior", en comparación con el Ministerio Público.⁹

Compartimos plenamente la reflexión inicial de Gössel, cuando se hace en el contexto de un sistema procesal penal tradicional, pero entendemos que el mejor correctivo se encuentra en una transformación de ambas instituciones. El fiscal debe realizar y dirigir la investigación, es decir, debe dejar su ordinaria tarea de recopilar papeles para colocarse como director y orientador jurídico de la investigación policial, sin pretender sustituir al policía. Sólo así podrá contribuir efectivamente a mejorar la investigación policial desde todo punto de vista. Por su parte la policía debe comprender que el fiscal está del lado de la justicia, de la aplicación correcta de la ley penal y que a esta última le interesa tanto la condena del culpable cuanto la absolución del inocente, pero la condena del culpable obtenida con pleno respeto de las garantías constitucionales y legales que se reconocen en un Estado de Derecho, por ello creemos indispensable la dirección funcional del Ministerio Público sobre la policía.

Ya en algunos países de América Latina han surgido roces y muchas dificultades para llevar a la práctica una adecuada dirección funcional. La verdad es que ello ha ocurrido por la falta de reglas claras y precisas que señalen cuáles son los verdaderos alcances y los límites de esa subordinación de la policía, no obstante que en el caso dominicano observamos un esfuerzo por indicar algunos de esos aspectos en su legislación (en especial en el artículo 93), pero la mayoría de las legislaciones se limitan a disponer en forma genérica que el Ministerio Público realiza la investigación con el auxilio de la policía, y que ésta última depende funcionalmente del primero y debe atender las órdenes que imparta (como se indica en los arts. 22, 92 y 259 CPP). La única posibilidad para impedir que estas disposiciones se conviertan en dificultades operativas para combatir la criminalidad conforme lo exige un Estado de Derecho, se logra con una adecuada planificación, con la toma de conciencia sobre la necesidad de esta subordinación funcional y su razón de ser, pero sobre todo con la toma de decisiones a muy alto nivel, que permita articularla en forma adecuada y que impida en el trabajo diario de policías y fiscales que surjan malos entendidos y se evite que se convierta en un instrumento de obstaculización. De no ser así, al final, habrá perdido la batalla la lucha contra la impunidad.

9 GÖSSEL, Karl-Heinz. "Reflexiones sobre la situación del Ministerio Público en el procedimiento penal de un estado de derecho y sobre sus relaciones con la policía" En: *Doctrina Penal*. 1981, pp. 649, 650, 651.- Sobre las relaciones entre policía y Ministerio Público, véase también GALLI, Guido. "Il pubblico ministero nella prospettiva del nuovo codice di procedura penale" En: *Pubblico Ministero e accusa penale. Problemi e prospettive di riforma*. 6° ed. a cura di Giovanni Conso. Zanichelli. Bologna, 1984. pp. 156 y ss.

La policía debe dar un aviso inmediato al Ministerio Público sobre el inicio de las diligencias preliminares, sin que pueda exceder de las 24 horas siguientes a su primera intervención (artículo 273 CPP), sin perjuicio del informe final sobre el resultado obtenido y de todas las diligencias practicadas para investigar el hecho delictivo, el cual debe ser rendido en el plazo de 72 horas, plazo que se reduce a 24 horas cuando se ha procedido al arresto del imputado (informe al que se refiere el artículo 277 CPP). Como bien se afirma, “el delicado problema de individualizar el momento en que surge la obligación de la policía judicial de referir al Ministerio Público la noticia de delito puede ser resuelto asumiendo como punto de referencia los extremos del delito de omisión de denuncia. La obligación surge en el momento en que la noticia de delito adquiere perfiles de determinación tal que el agente de policía judicial no podría razonablemente sostener que no se había percatado, desde el punto de vista del dolo, de encontrarse frente a una verdadera y propia noticia de delito”¹⁰.

El aviso inmediato constituye un mecanismo para que el fiscal intervenga desde el inicio de la investigación, o al menos para que tenga esa posibilidad, con el fin de orientar y brindar asesoría para obtener mejores resultados. También constituye un mecanismo de control y vigilancia sobre la función policial, como corresponde en un sistema democrático. Esos mecanismos de vigilancia los observamos también en las regulaciones entre los demás sujetos del proceso: los fiscales y defensores vigilan la función del juez, incluso la pueden cuestionar y contradecir por medio de incidencias y recursos; el Juez también controla la actividad de las partes, al tomar las decisiones sobre los diferentes aspectos que le son sometidos a conocimiento; es decir se trata de una dinámica transparente de frenos y contrapesos que conforman el principio adversarial del nuevo proceso penal.

II.5 La investigación fiscal (la investigación preparatoria)

La idea de realizar una investigación preparatoria no es nueva. “El antecedente más remoto de procedimiento preparatorio dirigido por el acusador puede ubicarse en el enjuiciamiento acusatorio romano –*quaestio, acusatio o iudicium publicum*– y su sistema de acusación popular –aunque parece haber tenido también existencia en el acusatorio griego–”¹¹.

La investigación que realiza el fiscal constituye la actividad más sobresaliente y extensa del procedimiento preparatorio, pero no es la única actividad procesal de esta etapa, razón por la cual no deben asimilarse los conceptos de procedimiento preparatorio con la investigación preparatoria o preliminar.

Dentro del procedimiento preparatorio deben incluirse, además de la investigación fiscal preparatoria, las diligencias preliminares de la policía, los actos conclusivos de la etapa, como la acusación y sus traslados, o la solicitud de sobreseimiento, y finalmente las actividades propias del juez, como por ejemplo anticipos de prueba, lo relativo a las medidas cautelares, la afectación de garantías constitucionales (allanamiento, intervención telefónica, etc), y cualquier otro aspecto incidental que deba resolver¹².

10 NEPPI MODONA, Guido. “Indagini preliminari e udienza preliminare”. En: *Profili del nuovo Codice di Procedura Penale*. 3° ed. a cura di Giovanni Conso e Vittorio Grevi, Padova: CEDAM, 1993, p. 322.

11 MAIER, Julio. *La investigación penal preparatoria del Ministerio Público*. Buenos Aires: Lerner; 1975. p. 30.

12 En general sobre la instrucción en el Código Tipo y en los códigos procesales latinoamericanos, cfr: PELLEGRINI GRINOVER,

“Sustancialmente, durante el período preparatorio existen cuatro tipos de actividades:
1. actividades puras de investigación; 2. decisiones que influyen sobre la marcha del procedimiento;
3. Anticipos de prueba, es decir, prueba que no puede esperar su producción en el debate.
4. Decisiones o autorizaciones, vinculadas a actos que pueden afectar garantías procesales o derechos constitucionales.”¹³ Por consiguiente, la investigación preparatoria es solamente un aspecto más, aunque extenso y de relevancia, del procedimiento preparatorio.

II.5.1 Definición de una política general de investigación y actuación

A partir de la vigencia del nuevo Código el Ministerio Público debe iniciar el diseño de una muy bien planificada política de persecución penal en todas y cada una de las materias de su competencia, la cual debe ser flexible, revisable y transformable conforme lo exijan las necesidades, pero debe recoger en alguna medida los valores y el sentir de la comunidad.

La criminalidad es un fenómeno muy variable, se sustenta en motivaciones diversas y es realizada por diferentes sectores de la población. No pueden asimilarse los esfuerzos para prevenirla y reprimirla, puesto que requiere de estrategias bien diferenciadas, con mecanismos muy distintos, y respuestas también diversificadas. No es lo mismo prevenir o reprimir los delitos ecológicos, que los abusos de poder y la corrupción en la administración pública; los delitos culposos en la circulación de vehículos en relación con los delitos sexuales; el abuso de poder económico en la empresa privada (como la sobrefacturación o la subfacturación, la competencia desleal, etc.) en relación con los homicidios; los asaltos callejeros en relación con los fraudes en el registro de la propiedad; los delitos de drogas en relación con los delitos de imprenta; etc.

Los mecanismos para prevenir esos diferentes tipos de criminalidad y las respuestas del sistema penal no pueden ser idénticos. En ese contexto el nuevo Código también estableció mecanismos de diferenciación de la respuesta penal. Se abandona la inflexible posición anterior, basada en las teorías absolutistas de la pena, según las cuales frente a todo hecho en apariencia delictivo debía tramitarse necesariamente un proceso para llegar a una sentencia definitiva, y en su lugar se instauran mecanismos de diversificación, desde el principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal hasta otras alternativas como la conciliación, la suspensión del proceso a prueba, y el proceso abreviado, entre otros.

En consecuencia, las alternativas son muy variadas frente a un caso concreto. Lo anterior exige que el Ministerio Público planifique adecuadamente las posibles respuestas, como responsable de una parte muy importante de la política criminal del país, tomando en consideración una serie de factores sociales, económicos, humanos, jurídicos, circunstanciales.

No es posible pretender que cada fiscal, en cualquier lugar del territorio nacional, adopte la política que según su criterio sea la más adecuada frente a cierto tipo de criminalidad, sino que haya una concreta política de persecución penal que de ninguna manera deberá ser definitiva e inmutable, sino que tenderá a transformarse y adecuarse con los cambios sociales. Es decir, una adecuada planificación sobre las formas de operar, las posiciones a asumir, las estrategias, las

Ada. “La instrucción procesal penal” En: XIV Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal. La Plata (Argentina): Universidad Nacional de La Plata, La Plata, pp. 301 y ss.

13 BINDER, Alberto. Introducción al derecho procesal penal, cit., p. 214.

alianzas y los acuerdos que puede adoptar el fiscal durante el curso de la investigación y durante el desarrollo de todo el proceso penal.

El proyecto de “Reglas Mínimas de Naciones Unidas para el procedimiento penal” (Reglas de Mallorca) recomienda la adopción de esta política general para orientar la acusación y evitar las desigualdades y los tratos discriminatorios sobre casos similares, al disponer en la regla número A. 3 lo siguiente: “Cuando los fiscales estén investidos de facultades discrecionales, se establecerán, en la ley o reglamento publicado, directivas para promover la equidad y coherencia de los criterios que adopten para acusar, ejercer la acción penal o renunciar al enjuiciamiento”. En ese mismo texto se señala que tal directriz fue también recomendada en el punto 17 del VII Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en La Habana, Cuba, en 1990.

Esa planificación debe comprender muy variados aspectos, no sólo de política criminal en general sino también aspectos muy particulares, como la manera de realizar las investigaciones. Además, debe planificarse por materias, tomando en cuenta las particularidades de cada tipo de criminalidad, el grado de afectación a la ciudadanía, la alarma social y otros factores, con el fin de adoptar posiciones. A su vez deben establecerse mecanismos de consulta y de control al interno de la propia estructura del Ministerio Público, que funcionen ágilmente, para solucionar cualquier duda, abuso o negligencia en el uso de estas distintas opciones que ofrece el sistema jurídico.

Como muy bien se señala en doctrina, debe “...otorgarse a la cabeza del ministerio fiscal la dirección de toda la institución encargándole hoy el establecimiento de prioridades y mañana la fijación de las políticas de persecución penal, estableciendo a la vez una disciplina jerárquica (con unidad de actuación y a los fines del cumplimiento de éstas), arreglada a los principios de imparcialidad y observancia de la ley... Debe consagrarse como regla general la atribución del ministerio público de decidir cómo va a investigar (estrategia de la investigación), qué instrucciones va a dar a la policía judicial, y qué pruebas va a seleccionar...”¹⁴. También es indispensable se incluyan aspectos relacionados con la “dirección funcional”, y se establezcan reglas claras y precisas para orientar la forma en que los fiscales impartirán instrucciones a la policía durante la investigación, más allá de las pautas ya señaladas en el artículo 93 del nuevo texto procesal penal, con lo cual se evitarán malos entendidos y roces innecesarios entre esos órganos, y para evitar las arbitrariedades y las incomprensiones que probablemente surgirán a falta de disposiciones expresas.

II.5.2 La informalidad de la investigación fiscal

La investigación del Ministerio Público es una actividad totalmente desformalizada, dirigida a determinar la existencia de fundamentos para la apertura a juicio, mediante la recolección de los elementos de prueba que permitan sustentar la acusación o la defensa del imputado (art. 259 CPP).

En su informalidad radica la gran diferencia con la instrucción formalista típica del sistema inquisitivo. El cambio de un Código a otro no ha consistido en trasladar hoy al fiscal lo que ayer hacía el

14 CAFFERATA NORES, José Ignacio. “La investigación fiscal preparatoria como alternativa frente a la instrucción jurisdiccional” En: Doctrina Penal. Buenos Aires, pp. 681-683

juez. No se trata de un traslado de funciones de un sujeto a otro, que para el sistema habría significado lo mismo. El cambio consiste en una verdadera desformalización de las indagaciones previas a la acusación del fiscal, no sólo por la forma en que ésta se lleva a cabo, sino también en sus consecuencias, al restársele eficacia probatoria para sustentar la condena, salvo los casos excepcionales.

Como muy bien afirma Binder, “la investigación es una actividad eminentemente creativa; se trata de superar un estado de incertidumbre mediante la búsqueda de todos aquellos medios que puedan aportar la información que acabe con esa incertidumbre. Se trata, pues, de la actividad que encuentra o detecta los medios que servirán de prueba. En la realidad de la mayoría de nuestros sistemas procesales, lo que debería ser una actividad creativa se ha convertido en una actividad rutinaria, en una simple acumulación, más o menos mecánica, de hojas que transcriben actas. Este fenómeno de burocratización de la investigación -fenómeno que genera mucha impunidad- es una consecuencia del procedimiento escrito y de la adopción del sistema inquisitivo en esta fase, lo cual lleva necesariamente a una formalización excesiva de la investigación. Aun los sistemas llamados “de juicio oral” que conservan sin embargo el modelo inquisitivo en esta etapa, padecen este defecto e, inclusive, ello produce luego una distorsión del juicio oral mismo (distorsión que se origina en la incorporación de la “prueba” del sumario, simplemente a través de su lectura o, mejor dicho, por su mera mención)”¹⁵.

En esa perspectiva la investigación del fiscal debe ser desarrollada con absoluto desprendimiento de ritualismos a las actas típicas de la instrucción formalista del sistema inquisitivo. Es una actividad que debe ser versátil, dinámica, real, efectiva, con el fin de averiguar lo ocurrido y sustentar una concreta posición del Ministerio Público frente al caso.

El fiscal debe llevar un “registro de la investigación” (legajo) al que debe agregar solamente las actas de las diligencias realizadas cuando éstas sean útiles para fundar la acusación o para cualquier otro requerimiento de relevancia para el caso (según lo señala el artículo 261 CPP). Con esa disposición se pretende evitar que el fiscal levante un expediente y lo llene de papeles, pero además tiende a evitar que los jueces, sobre todo los encargados del juicio oral, examinen documentos que puedan formarle anticipadamente un criterio sobre la posible solución del caso. El nuevo Código hace referencias concretas a ciertas actas y constancias del proceso durante la fase preparatoria (arts. 261, 263, 266.8, 273, 274, 277, 279 CPP), además de aquellas referidas a los actos probatorios autorizados, como las inspecciones, los registros, el secuestro de objetos, pericias, reconocimientos, etc., pero no va más allá, de manera que el “expediente” típico del sistema inquisitivo, plagado de papeles, debe desaparecer, para que surja un simple legajo de actuaciones, útil a los fines para los cuales se ha dispuesto una actividad preparatoria a la fase más trascendente del proceso que debe ser solamente la del juicio.

La desaparición de la instrucción formal del juez, y su sustitución por una investigación preparatoria del fiscal, no sólo fortalece la oralidad, con todas sus consecuencias (inmediación, contradictorio, concentración, valoración de la prueba conforme a la sana crítica, fundamentación de la sentencia, etc)¹⁶, sino que además fortalece la dinámica misma del proceso, el aspecto adversarial y su

¹⁵ BINDER, Alberto. Introducción al derecho procesal penal. cit., p.214-215

¹⁶ Cfr: GONZÁLEZ ÁLVAREZ, Daniel. “La oralidad como facilitadora de los fines, principios y garantías del proceso penal” En: La implementación de la reforma procesal penal. Santiago (Chile): CDJ-CPU-NCSC, 1996; y en Ciencias Penales N° 11, San José, julio 1996, pp. 60 y ss.

efectividad para buscar una solución real al conflicto humano que lo provoca y lo nutre. En otras palabras, lo sustantivo pasa a ser trascendente, lo formal pierde terreno.

El tema de la investigación fiscal no ha sido pacífico en doctrina. Ricardo Levene, quien siempre atacó el traslado de la investigación al fiscal, llegó a afirmar: "...soy enemigo de la instrucción fiscal o citación directa, porque entiendo que la instrucción fiscal o citación directa viola expresamente la pureza del sistema acusatorio, porque la instrucción fiscal coloca al fiscal en condiciones decisorias de magistrado; porque la instrucción fiscal le da enormes facultades y desnaturaliza el proceso... Cuando al fiscal se le permite detener, allanar, secuestrar, dictar auto de procesamiento, carear, interceptar correspondencia, dictar prisión preventiva, conceder o no la excarcelación, quiero preguntar de quién son esas facultades, si son del fiscal o son típicamente las facultades del juez de instrucción... La instrucción fiscal llega a vulnerar el principio del juez natural, por eso me opongo a ella, para mi modo de ver el debido proceso requiere una instrucción judicial..."¹⁷.

No pretendemos ahora contestar esa afirmación, sólo mencionar que el nuevo Código Procesal Penal no le otorga al fiscal la mayoría de las atribuciones que se mencionan, puesto que para realizar la mayoría de esas actuaciones se requiere la intervención del juez de la etapa preparatoria, lo cual implica que no asume funciones jurisdiccionales, porque al fiscal se le impide detener preventivamente al acusado más allá de las horas indispensables para solicitar una resolución del juez, así como también le impide recibir elementos probatorios que puedan luego introducirse al debate¹⁸.

En todo caso para evitar las dudas que puedan surgir, el Código Procesal Penal Dominicano hace una declaración de principio, ya en sus disposiciones iniciales, al señalar que "las funciones de investigación y de persecución están separadas de la función jurisdiccional. El juez no puede realizar actos que impliquen el ejercicio de la acción penal ni el Ministerio Público actos jurisdiccionales..." (art. 22 CPP). En ese sentido debe interpretarse que el archivo de la causa por disposición del fiscal (autorizado en el artículo 281 CPP) no implica más que un acto de disposición sobre el ejercicio de la acción penal, el cual le está asignado exclusivamente a él, con las excepciones expresamente previstas sobre la participación de la víctima.

Algunos autores visualizan los actos del Ministerio Público y la policía como una actividad de carácter preprocesal. En tal sentido, se afirma, "...la actividad inicial de la policía judicial y del Ministerio Público debe ser de carácter preprocesal, debe servir al proceso y no a la decisión, es decir no debe tener ninguna relevancia probatoria en el proceso, sino solamente debe servir para el ejercicio de la acción penal"¹⁹. En esa perspectiva se afirma que el Ministerio Público es un órgano de investigación, de solicitudes pero no de decisiones, de acción pero no juzga.

El Ministerio Público sigue siendo un órgano de justicia²⁰ que escapa a una posición de contraparte

17 LEVENE, Ricardo (hijo). El debido proceso penal y otros temas. San José (Costa Rica): ILANUD y Corte Suprema de Justicia, 1981. pp. 34, 35, 36.- En similar sentido véase FERRUA, Paolo. "Il giudice per le indagini preliminari e l'acquisizione delle prove" En: Rivista di Diritto Processuale. anno L (Seconda Serie), N° 1, gennaio-marzo, 1995, pp. 203y ss.

Sobre la constitucionalidad de la tesis de trasladar la investigación al fiscal cfr: GONZÁLEZ-CUELLAR S., Nicolás. Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal. Madrid: Colex, 1990. pp. 123.

19 BERTONI, Raffaele. "L'attività di indagine e di istruzione". En: "Prospettive del nuovo processo penale. Jovene, Napoli, 1978. P. 61.- En igual sentido NEPPI, Guido. Indagini preliminari e udienza preliminare, cit., p. 306y ss.

20 Sobre la naturaleza del Ministerio Público Cfr: GIMENO SENDRA, Vicente. Constitución y proceso. Madrid: Ed. Tecnos S.A., 1988, pp. 65 ss.; VELEZ MARICONDE, Alfredo. Derecho Procesal Penal. 2° ed. Buenos Aires: Lerner, 1969. volumen

a ultranza del imputado, pues no es llamado a asumir una inflexible posición de acusador. Puede y debe solicitar el sobreseimiento o la absolución en los casos que así se justifique; y tiene el deber de no lesionar los derechos del imputado, tanto como el juez.

Obsérvese que el fiscal investiga con el fin de dar sustento a la actividad requirente que debe desplegar frente al órgano jurisdiccional, pero no para sustituir la actividad probatoria del juicio. Esta finalidad constituye un claro límite de la investigación, límite que no interesa superar porque los actos que realice no tendrán eficacia en otras etapas del procedimiento, salvo las limitadas excepciones.

La investigación permite al fiscal determinar los hechos que consignará en su acusación o en los que sustentará la solicitud de sobreseimiento. Con ella también individualiza los elementos probatorios que habrán de ofrecerse al tribunal para ser recibidos durante el juicio, y que tienden a acreditar su acusación.

II.5.3 La objetividad de la investigación

La investigación del fiscal debe dirigirse a determinar si existen fundamentos para la apertura a juicio, que le permitan basar su acusación o la defensa del imputado. De ello se deduce irremediamente que a la sociedad le interesa tanto la condena del culpable cuanto la absolución del inocente. En consecuencia, tanto la policía como el fiscal deben investigar todos los hechos, así como identificar y poner a disposición todos los elementos probatorios, con absoluta objetividad, independientemente de que incriminen o favorezcan al imputado.

El nuevo Código Procesal resalta ese deber, al disponer que primero que el procedimiento preparatorio tiene por objeto determinar los fundamentos para la apertura a juicio mediante la recopilación de los elementos de prueba que permitan basar la acusación o la defensa del imputado (art. 259) y al disponer que *“es obligación del Ministerio Público extender la investigación a las circunstancias de cargo y también a las que sirvan para descargo del imputado, procurando recoger con urgencia los elementos probatorios y actuando en todo momento conforme a un criterio objetivo”* (art. 260 CPP).

Se trata de disposiciones que moldean una verdadera actitud que deberá asumir en la práctica tanto la policía como el Ministerio Público. Corresponderá a los jueces de la etapa preparatoria hacer que estos preceptos sean respetados, así como también a los propios fiscales en la medida en que orienten el curso de las investigaciones, por ser el Ministerio Público un órgano de justicia más que un acusador a ultranza.

II.5.4 La valoración inicial del caso por parte del fiscal

Como una consecuencia natural de la política a seguir por parte del Ministerio Público, para evitar injusticias al disponer la persecución penal de manera innecesaria o inútil, e incluso para evitarse trabajo no productivo, el Fiscal debe realizar una valoración inicial respecto de cada caso apenas

I, pp. 51 ss; SABATINI, G. Il pubblico ministero nel diritto processuale penale. Jovene, Napoli, 1943. vol. I, pp. 38y ss.

llegue a su conocimiento, de previo a proseguir con las investigaciones.- En otras palabras, cuando el fiscal avanza con la investigación preparatoria ha adoptado ya un criterio concreto respecto al curso del procedimiento, por lo menos según el estado que a ese momento presentaban las diligencias, y que significa que por ahora no vislumbra la posibilidad de adoptar otro camino diferente, como sería la el archivo, la incompetencia, la posible aplicación de un criterio de oportunidad, la suspensión del proceso a prueba, la aplicación del procedimiento abreviado, la conciliación o cualquier otra medida tendiente a finalizar el proceso por una vía distinta.

Esta obligación se deduce de una relación de los artículos 279 y 280 del nuevo Código Procesal Penal. Obsérvese que esa última norma dispone que apenas tenga conocimiento de un hecho en apariencia delictivo, la investigación se inicia siempre que el Ministerio Público decida ejercer la acción penal, lo que presupone una valoración del caso, en cumplimiento de las políticas generales adoptadas por el Ministerio Público respecto de la persecución penal.

Al recibir las primeras diligencias el fiscal debe valorarlas con el fin de examinar si continúa con la investigación, o solicita alguno de los aspectos antes mencionados. No se quiere un automatismo en la actividad de investigación del fiscal, sino un comportamiento reflexivo, valorativo, analítico. Esta valoración inicial debe estar muy ligada a las directrices generales que el fiscal haya recibido, y a la política general que haya adoptado el Ministerio Público en relación con ese tipo de casos y según sus circunstancias.

II.5.5 La actividad probatoria del fiscal

Los elementos probatorios que servirán de base a la sentencia deben ser incorporados al proceso durante el debate oral y público. El juicio debe constituir la fase más importante y trascendente de todo el proceso penal, pues los elementos de prueba se introducen a él con plenas garantías, en presencia de todos los sujetos procesales, tanto las partes como el juez, lo que facilita su análisis y valoración; así como también en forma pública y contradictoria²¹. Las fases anteriores del proceso no deben seguir sustituyendo al juicio, y para ello debe restársele eficacia probatoria a los actos cumplidos en forma preliminar, salvo que se haya seguido el mecanismo previsto para los anticipos de prueba.

Ello significa que el fiscal, por regla general, no podrá ordenar la práctica de pruebas durante la investigación que tengan eficacia durante el juicio, salvo los casos expresamente autorizados, a los que haremos referencia a continuación.

El curso de la investigación será definido por las circunstancias del caso, las condiciones y los recursos de trabajo de la oficina, y las directrices generales de la Jefatura del Ministerio Público. Una vez recibida una noticia de delito debe indagarse cómo ocurrieron los hechos, para lo cual el fiscal deberá realizar interrogatorios directos y personales a quienes puedan suministrar información, preparando así también la posible nómina de los testigos que ofrecerá para ser recibidos en la audiencia oral ante el Tribunal de Sentencia. Debe, además, recoger y conservar todas las evidencias que permitan probar los hechos ocurridos, las que aportará con su acusación. Asimismo dispondrá la práctica de aquellas pruebas que deban realizarse de

21 BINDER, Alberto M. "Perspectivas de la reforma procesal penal en América latina". En Justicia Penal y Estado de Derecho. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1993. pp.201 y ss

inmediato, como por ejemplo las peritaciones, y procederá en forma directa a realizar una serie de actividades probatorias de carácter impostergable, las cuales puede realizar por excepción, al estar taxativamente autorizado para hacerlo.

La regla genérica señala que “...las actuaciones contenidas en el registro de investigación no tienen valor probatorio para fundar la condena del imputado...” (artículo 261, párrafo segundo, del CPP), lo cual impide darle alcance probatorio a las actuaciones del fiscal; sin embargo, esa misma norma de inmediato agrega “...salvo las actas que este Código autoriza incorporar al juicio por su lectura...”, lo cual implica que las actas levantadas durante la realización de algunas actuaciones con claro contenido probatorio, autorizados al fiscal, eventualmente podrán ser introducidas por lectura al juicio conforme lo señala y autoriza el artículo 312 en sus apartados 1, 2 y 3 del nuevo Código Procesal Penal.

En consecuencia, resulta indispensable pasar lista a los casos en que se autoriza al fiscal o a la policía realizar determinadas actuaciones, porque eventualmente las actas que levanten para informar de lo acontecido podrán ser introducidas válidamente al juicio, con la posibilidad de que sean valoradas conforme a las reglas de la lógica, los conocimientos científicos y las máximas de la experiencia para sustentar incluso la condena del imputado, según lo indican los artículos 172 y 333 del Código Procesal Penal.

Sin pretender agotar esas posibilidades, algunos de esos casos son los siguientes:

II.5.5.1 Inspección del lugar del hecho

El representante del Ministerio Público e incluso la policía, se encuentran autorizados a custodiar y comprobar, mediante la inspección del lugar y las cosas, los rastros y otros efectos materiales que sean el resultado del hecho punible, para lo cual levanta una acta donde describe y deja constancia todo lo acontecido, siempre que no se trate de uno de los lugares privados para los cuales necesita orden de juez (arts. 173 y 180 CPP).

II.5.5.2 Registro de personas, lugares o cosas

El fiscal y la policía también están autorizados para ordenar la inspección corporal del imputado o de cualquier otra persona, así como de lugares y cosas, cuando existan motivos que permitan suponer la existencia de elementos de prueba útiles para la investigación o el ocultamiento del imputado (artículo 175 CPP).-

II.5.5.3 Exámenes corporales del imputado en casos de urgencia

Excepcionalmente, cuando exista peligro en la demora que pueda significar la solicitud de autorización previa al juez, tanto el fiscal como la policía pueden disponer la práctica de exámenes médicos y otros peritajes sobre el imputado, como análisis de sangre, para la constatación de circunstancias relevantes para la investigación (artículo 99 párrafo 3 CPP)²².

²² Véanse nuestras observaciones contrarias a utilizar al imputado como objeto de prueba, en MORA MORA, Luis Paulino, y GONZÁLEZ ÁLVAREZ, Daniel. La prueba en el Código..., cit., pp. 63 y ss.

II.5.5.4 Prueba pericial

El fiscal también puede ordenar los peritajes que sean indispensables para el descubrimiento de la verdad, para lo cual debe seleccionar los peritos y determinar los extremos de la peritación, siempre que por sus características sea posible que se realice posteriormente un nuevo examen (artículos 207 y 287.I CPP).-

II.5.5.5 Ordenar la autopsia

Como una excepción a las limitaciones dispuestas en los artículos 207 y 287.I, el fiscal puede ordenar la práctica de la autopsia, que implica la realización de un peritaje que muy probablemente no se pueda repetir, al menos en su integralidad, aún cuando se conserven algunos tejidos, órganos, fluidos y otras partes del cuerpo para repetir en parte ciertos aspectos involucrados en el dictamen.

II.5.5.6 Requerir informes

Al igual que el juez, el fiscal puede requerir informes a cualquier persona o entidad pública o privada, sobre aspectos relacionados con la investigación, con todas las garantías y las consecuencias previstas para el caso de incumplimiento del deber de informar (285 CPP).-

Estos actos que puede realizar el fiscal son actos por lo general urgentes, o con poca incidencia en la posible afectación de derechos fundamentales, aunque tengan efectiva incidencia en el resultado del proceso. La posibilidad de realizarlos llega a configurar el denominado **principio de investigación autónoma del Ministerio Público**²³.

Cuando surjan conflictos entre el fiscal y los demás sujetos del proceso, como por ejemplo el imputado y su defensor, debe necesariamente intervenir el juez, conforme señalamos adelante. Como puede apreciarse, el fiscal dispone de una amplia posibilidad probatoria excepcional durante la investigación. Pero obsérvese que no se ha mencionado la prueba testimonial, que constituye todavía la reina de la prueba en el proceso penal como un día lo fue la confesión, y que cada día pierde más terreno conforme se profesionalizan y tecnifican los métodos para reconstruir un hecho.

El fiscal podrá (y necesariamente deberá) interrogar testigos en el curso de su investigación, para lo cual ya no puede recurrir más a los escribientes o auxiliares, sino que deberá hacerlo en forma directa y personal. De lo contrario no estará nunca en capacidad de formular una acusación, o de decidir si corresponde ordenar el archivo o solicitar un sobreseimiento, pues sólo podrá estar en esa posibilidad quien haya interrogado a los testigos. Pero esos interrogatorios son totalmente informales, sin actas, pueden hacerse en el lugar de los hechos, en el domicilio o lugar de trabajo del testigo, incluso puede recurrirse al teléfono. Sobre el resultado del interrogatorio el fiscal deberá llevar notas o apuntes personales, donde consigne también observaciones, que le servirán tanto para formular sus requerimientos, cuanto para ofrecer la prueba y también para realizar el interrogatorio durante el juicio. Desde luego en esas notas personales deberá consignar

23 Al respecto véase GÖSSEL, Karl-Heinz. Reflexiones sobre la situación del Ministerio Público en el procedimiento penal de un estado de derecho y sobre sus relaciones con la policía. cit. pp. 646y ss.

el nombre completo del testigo, su domicilio o lugar donde localizarlo, y una referencia muy general y sintética sobre los aspectos que podría declarar; pues son requisitos que debe cumplir al momento de ofrecerlo como prueba.

De lo anterior se desprende la necesidad de que el fiscal que practique la investigación sea el mismo que mantenga la acusación durante el juicio. Esto le permitirá tener un conocimiento más exacto de lo ocurrido y contribuirá en mejor medida a hacer más eficiente el desarrollo de su labor. A ello obedece que en el artículo 89 del nuevo Código se haya dispuesto que el funcionario encargado de la investigación actúa ante toda la jurisdicción competente y continúa haciéndolo durante el juicio sosteniendo la acusación y los recursos cuando corresponda.

En esa actividad probatoria el fiscal debe permitir la intervención de las partes, garantizando los derechos de defensa al imputado y a la víctima, articulándose desde los primeros actos del procedimiento el aspecto adversarial y contradictorio que informan el nuevo proceso penal. Las partes pueden proponerle al fiscal que realice determinados actos probatorios y en caso de que éste se niegue, pueden acudir ante el juez del procedimiento preparatorio, quien finalmente decide lo que corresponda (artículo 286 y 292 CPP).

II.5.6 Trascendencia probatoria de los actos del fiscal

El fiscal practica la investigación preparatoria preocupado, en primer término, por delimitar los hechos que sustentarán su requerimiento ante el Juez, y por otro lado en procura de la identificación de los elementos probatorios que serán ofrecidos y aportados para acreditar su posición en el juicio.

Por esa razón, recordemos, se establece como principio que *“el juez no puede realizar actos que impliquen el ejercicio de la acción penal ni el Ministerio Público actos jurisdiccionales”* (Artículo 22 CPP).

Lo anterior significa que, en principio, ninguna eficacia probatoria debe otorgársele a los actos cumplidos por el fiscal en la investigación preparatoria, conforme lo establece el propio Código al disponer que *“...las actuaciones contenidas en el registro de investigación no tienen valor probatorio para fundar la condena del imputado, salvo las actas que este Código autoriza incorporar al juicio por su lectura...”* (artículo 261 CPP).

Como bien se afirma, *“... los elementos de convicción que recoja (el fiscal) durante la investigación preparatoria, sólo tendrán valor para dar fundamento a la acusación o al sobreseimiento, en su caso. Si se pretendiera utilizar esas pruebas para fundar la sentencia, habrá que reproducirlas durante el juicio, bajo el régimen del contradictoria pleno, salvo que hubiesen sido cumplimentadas con arreglo al régimen de actos definitivos e irreproducibles...”*²⁴.

24 BERTOLINO, Pedro J. “El proceso penal mixto: del sistema de juzgados de instrucción clásicos a la instrucción procesal en contradictorio”. En: XIV JORNADAS IBEROAMERICANAS DE DERECHO PROCESAL. La Plata, 24 al 27 de Abril de 1994. Universidad Nacional de la Plata, Argentina, quien realiza una síntesis de las exposiciones de Chiara Diez, Cafferata Nores, Vasquez Rossi, Sánchez y D’Gregorio, p.372.- En general, sobre la trascendencia probatoria de los actos del fiscal, véanse GALLI, Guido. Il pubblico ministero nella prospettiva del nuovo codice di procedura penale. cit., pp. 149 ss.; y FERRUVA, PAOLO. Il giudice per le indagini preliminari e l’acquisizione delle prove. cit. pp. 203 y ss

La regla tiende a evitar que el fiscal se convierta en un órgano receptor de prueba, principalmente testimonial y en general reproducible, con algún grado de eficacia para la condena del acusado, o al menos con suficiente poder de convencimiento para perjudicar a los jueces del debate.

Sin embargo, en virtud de que el fiscal está autorizado en forma expresa para ordenar y practicar algunos actos probatorios, según lo señalamos antes, también como excepción a la oralidad se autoriza introducir por lectura al juicio: "1. Los informes, las pruebas documentales y las actas que este Código expresamente prevé; 2. Las actas de anticipos de prueba... 3. Los informes de peritos..." (art. 312 CPP).-

Se trata precisamente de los actos mencionados en el apartado anterior; los que el fiscal puede ordenar sin autorización jurisdiccional y con plena eficacia probatoria. El riesgo que se corre con esta posibilidad, como bien se ha expuesto, es que las indagaciones preliminares se conviertan en la "instrucción formal" del sistema inquisitivo, lo que tiraría por la borda la reforma²⁵.

Ese riesgo es minimizado ahora al no estar prevista siquiera como posibilidad la introducción al juicio de testimonios recibidos por el fiscal o la policía en el curso de un interrogatorio ordinario.

II.5.7 El plazo para practicar la investigación fiscal

El fiscal tiene un plazo fijo para concluir el procedimiento preparatorio y presentar la acusación o disponer el archivo, que será de tres meses si contra el imputado se ha dictado prisión preventiva o arresto domiciliario, incluso aún cuando después haya sido revocada la medida y de seis meses en los demás casos (art. 150 CPP). Si ese plazo no está vencido y el Fiscal justifica la necesidad de una prórroga para presentar la acusación, puede pedir por una única vez al juez, una prórroga que no puede ser superior a dos meses (art. 150 CPP).

Tales plazos son perentorios, puesto que si se encuentran vencidos y el fiscal no ha formulado la acusación ni ha dispuesto el archivo, el juez de oficio o a petición de parte, intima al superior inmediato del fiscal y a su vez notifica a la víctima, para que formulen alguno de ellos o ambos, su respectivo requerimiento en el plazo de diez días. Esta opción sólo procederá cuando se estime que no ha habido una prolongación indebida en el tiempo de las indagaciones fiscales, pues si se aprecia que el asunto es complejo y que el tiempo que tiene de estar en investigación es razonable, el juez debe autorizar la petición. Pero, si vencidos esos diez días ninguno de ellos formula la acusación, el juez declara extinguida la acción penal (Art. 151 CPP).

La idea de darle traslado al superior jerárquico del fiscal es que, por un lado, controle disciplinariamente la labor de sus subalternos y la eficacia de sus actuaciones, y por otro señale en concreto cuál es la posición que ese despacho asume en el caso, para lo cual puede optar por cualquiera de las gestiones que el fiscal está autorizado a formular al final de la etapa preparatoria.

En otros términos, para que se extinga la acción penal por vencimiento del plazo de la investigación preparatoria tienen que producirse una serie de situaciones y de fallas tanto del Ministerio Público

25 Tales preocupaciones expresa PISAPIA, Giandomenico. "Il nuovo proceso penale: esperienze e prospettive". En: Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale. Nuova Serie, anno XXXVI, Fasc. I, gennaio-marzo 1993, pp. 17 y ss

como del querellante, sin que podamos afirmar que esa extinción constituya una medida extrema. Con ese mecanismo se garantiza que la investigación no se prolongue en forma indebida más allá del plazo razonable fijado en la ley, pues la consecuencia del incumplimiento de los plazos es fatal. Quedan a salvo las responsabilidades (penal y disciplinaria) sobre los funcionarios del Ministerio Público, cuando se tomaron más tiempo del debido para finalizar las indagaciones. La norma no lo señala, pero desde luego que también el juez debe tomar en consideración los recursos disponibles del fiscal para practicar y finalizar la investigación, ya que ello incide en el tiempo, con el fin de considerar la prórroga de dos meses prevista.

II.6 La intervención del juez en el procedimiento preparatorio

Las labores del juez en el procedimiento preparatorio comprenden, fundamentalmente, tres aspectos: a) las decisiones que afectan derechos fundamentales, como las decisiones sobre medidas cautelares, intervenciones telefónicas, o registro de lugares privados; b) la solución de las discrepancias y conflictos entre el Ministerio Público y los demás sujetos procesales, en especial con la defensa del imputado; y c) aquellas relativas a los anticipos de prueba.

Para hacer esa clasificación, aun cuando formalmente la estructura del Código no lo visualiza como una fase distinta, entendemos –como lo indicamos al inicio- que los actos realizados durante la audiencia preliminar constituyen una verdadera fase del procedimiento, denominada la fase intermedia, dirigida a controlar los requerimientos conclusivos del acusador y determinar la apertura a juicio o una solución diferenciada del conflicto, a través de alguno de los mecanismos alternativos que se establecen. Por ello excluimos de las labores del “juez de la etapa preparatoria” las funciones asignadas también al Juez de la instrucción dominicano que corresponden a la fase intermedia. En efecto, conforme a la distribución de competencias, el nuevo Código Procesal Penal le atribuye al juez de la instrucción resolver todas las cuestiones en las que la ley requiera la intervención de un juez durante el procedimiento preparatorio (art. 73 CPP), aunque también le asigna las funciones que tradicionalmente se le atribuyen al juez del procedimiento intermedio, como realizar la audiencia preliminar y dictar sentencia, en los casos en que se trata de funcionarios distintos según la estructura de los tribunales.

Examinaremos en seguida las funciones que no corresponden más al juez de la etapa preparatoria, para evidenciar la separación que el sistema desea hacer entre las labores del fiscal y las del juez, con el fin de desterrar –esperemos que para siempre- la sombra inquisitiva del juez instructor²⁶.

II.6.1 Distinción entre las funciones de investigar y juzgar

El juez no es el dominus del procedimiento preparatorio. A diferencia del juez instructor del sistema inquisitorial, quien asumió un rol totalmente protagónico en el curso y el desarrollo de la investigación por medio de la instrucción formal, e incluso con repercusiones muy significativas sobre el destino final de la acusación, en el procedimiento preparatorio el juez es un sujeto que

26 Véanse las críticas que se formulan a las funciones del juez de la instrucción en el nuevo Código Procesal Penal de la Nación, en Argentina, puesto que por intervenir en la investigación se estima que el nuevo texto “...no ha superado el modelo inquisitivo de la legislación derogada...” CHERŃAVSKY, Nora y LÓPEZ, Mirta. “La instrucción”. En: MAIER, Julio (compilador). El Nuevo Código Procesal de la Nación. Análisis Crítico. Buenos Aires: Editores del Puerto, 1993. pp. 141 y ss.

interactúa frente a las partes y al Ministerio Público, con el propósito de garantizar el respeto de los derechos fundamentales y la objetividad durante la investigación.

Teóricamente la distinción entre fiscal y juez parecía perfecta. El problema surgió en la práctica del sistema inquisitivo, ante la cantidad de transgresiones que se dieron, primero porque el sistema asignó la responsabilidad de la investigación a los jueces, segundo porque los jueces de instrucción siempre estuvieron más del lado de la investigación, que del lado de los controles y las garantías, y tercero porque cada vez fue mayor la relevancia de la actividad probatoria de la instrucción sobre la etapa de juicio y el dictado de la sentencia.

Con el nuevo sistema procesal se pretende corregir esos efectos de la práctica, al delinarse por un lado y en forma tajante que la investigación corresponde a la Policía y al Ministerio Público, y que su propósito será siempre sustentar la acusación, pero ya no la sentencia; pero por otro, al establecerse como funciones básicas del juez del procedimiento preparatorio la de tomar ciertas decisiones que afectan derechos fundamentales, la de realizar anticipos jurisdiccionales de prueba con plena garantía para todos los sujetos del proceso; y la de controlar la labor del Ministerio Público y de la policía en cuanto limiten derechos y facultades de las partes; pero lo excluye de la tarea de investigar el hecho. La investigación es exclusiva responsabilidad de la policía y del Ministerio Público, no más de un juez.

Como bien se señala en la exposición de motivos del Código Tipo "...precisamente, porque es necesario rescatar el espíritu republicano inicial, es que muchas legislaciones dividieron las funciones judiciales del Estado, aun durante la instrucción preliminar (y no sólo en el juicio), otorgando a un órgano estatal, el ministerio público, la investigación y el poder requirente, y a otro distinto, los jueces, el poder de controlar los límites del ejercicio de ese poder y, consecuentemente, el poder de decisión...Así se ha resuelto el problema en el Código que se presenta. El ministerio público es el responsable de la investigación preliminar y los jueces quienes controlan el ejercicio de ese poder cuando interesa a las seguridades individuales básicas. Esta fórmula, por lo demás, no es desconocida para el derecho universal, pues, limitadamente y a la manera del derecho italiano, se introdujo y practica con éxito la llamada 'citación directa', procedimiento preparatorio en manos del ministerio público, en casos de delitos leves o de investigación sencilla, o, a la manera del derecho alemán o del anglosajón, se practica genéricamente, con exclusión del llamado 'juez de instrucción'. Se trata ahora de universalizar y mejorar esta forma de proceder.²⁷"

Por el contrario, en el nuevo procedimiento preparatorio se realiza una clara distinción entre quienes deben investigar los hechos (el Ministerio Público y la Policía), y el sujeto que debe controlar el respeto de los derechos y de las garantías fundamentales, es decir el juez, sin llegar a fundir esas labores en una misma persona.

En efecto "...el Ministerio Público (y bajo su dirección la policía judicial), debe indagar e investigar solo para recoger los elementos necesarios para presentar sus requerimientos al final de la fase, formulando, cuando exista mérito para ello, la imputación...La difusa insatisfacción por el sistema de la doble instrucción, así como por la antieconómica repetitividad de sus actos, han sugerido la eliminación de ambas instrucciones, privilegiando, respectivamente, la figura del Ministerio Público

27 INSTITUTO IBEROAMERICANO DE DERECHO PROCESAL. "Código procesal penal modelo para Iberoamérica. Historia. Antecedentes. Exposición de Motivos y Texto del Proyecto". En: Códigos procesal civil y procesal penal, modelos para Iberoamérica. Madrid: Ministerio de Justicia; Secretaría General Técnica; Centro de Publicaciones, 1990, p. 229.

o la del juez instructor. Tanto una como la otra vía habían permanecido prisioneras de un esquema procesal inquisitivo: en varias de las propuestas para la reforma, tanto el Ministerio Público y con mayor razón el juez instructor; habían sido habilitados a recoger y formar pruebas, utilizables no solo al interno de la fase, sino también durante el juicio²⁸”.

No era posible continuar manteniendo una doble condición al juez de instrucción, quien por un lado era el responsable de la investigación y por otro el garante de los derechos de los ciudadanos, en especial del imputado. Como se afirma con acierto, “... no es susceptible de ser pensado que una misma persona se transforme en un investigador eficaz y, al mismo tiempo, en un guardián celoso de la seguridad individual; el buen inquisidor mata al buen juez o, por el contrario, el buen juez destierra al inquisidor.²⁹” En la experiencia de algunos países latinoamericanos ya hemos conocido de funcionarios que asumían con extremo alguno de esos roles, anulando el otro, lo que siempre terminaba distorsionando los fines básicos del procedimiento penal.

“El juez de instrucción, sinónimo personalizado de este período procesal -agrega Maier- resulta un espejo de la situación descrita: encerrado entre dos fuegos, la necesidad de averiguar la verdad y su labor judicial de protector de las garantías ciudadanas, papeles contrapuestos, que se pretende jueguen a un mismo tiempo, culmina por diluir las funciones que le son adjudicadas, cumpliendo en forma ineficiente ambas tareas. Nacido por un pacto de compromiso entre el antiguo y el nuevo régimen, para conservar al inquisidor, en el derecho francés del siglo XIX, como operador de una instrucción formalizada, registrada por escrito (actas) y secreta, sin participación del imputado, que continuaba el rito inquisitivo, el final del siglo XIX y los comienzos del XX le juegan la mala pasada de liberalizarle el procedimiento, obligándolo a considerar al imputado como un sujeto del procedimiento, con derechos en él, y a asumir el papel de tutor de esos derechos y garantías; inquisidor, por una parte, y garante (juez), por la otra, el resultado de su obra fue la ineficiencia de su función en ambos sentidos y, para colmo de males, seleccionada, según se vio.³⁰”

El rol desempeñado tradicionalmente por el juez de instrucción ha sido arduamente criticado por varias razones fundamentales: en primer término por carecer de imparcialidad, en virtud de las funciones de investigación que le fueron asignadas en la instrucción inquisitiva; por falta de objetividad, al no marcarse adecuadamente una separación entre las tareas de investigación y las jurisdiccionales; produciendo así una inversión de roles, ya que el fiscal se limitaba a ejercer controles sobre la función de investigación del juez, tarea típicamente jurisdiccional, y el juez se dedicaba a investigar, es decir asumía una posición de parte; finalmente, porque el sistema implicaba una repetición innecesaria de actos, ya que por lo general la prueba la recibía la policía, luego el juez instructor, y posteriormente el tribunal de juicio, con todo lo que ello significa³¹.

Bien se precisan estas deficiencias del sistema al observarse acertadamente que “...bajo una óptica puramente técnica o científica, se puede señalar que no es muy acorde con la imparcialidad que debe presidir el ejercicio de la potestad jurisdiccional, el desempeño de tareas de inquisidor que cumple el juez de instrucción. Y a pesar de que la investigación se puso a su cargo, también

28 NEPPI MODONA, Guido. *Indagini preliminari e udienza preliminare*. cit, pp. 304-305.- Sobre las distinciones entre la instrucción formal y la sumaria cfr: LEONE, Giovanni. *Tratado de derecho procesal penal*. Buenos Aires: EJE, 1963. tomo II, pp. 86 y ss.

29 MAIER, Julio. *Exposición de Motivos del Proyecto de Código Procesal Penal de la Nación*. Buenos Aires: Secretaría de Justicia República Argentina; Ediciones Depalma, 1987, p. 660.

30 MAIER, Julio B.J. “Democracia y Administración de Justicia Penal en Iberoamérica”. En: *Reformas Procesales en América Latina. La Oralidad en los procesos*. Santiago (Chile): Proyecto de Capacitación, Gestión y Política Judicial; Corporación de Promoción Universitaria. 1993, p. 42.

31 BERTOLINO, Pedro J. *El proceso penal mixto: del sistema de juzgados de instrucción clásicos a la instrucción procesal en contradictorio*. cit., p. 366.

buscando mayores garantías para el sospechoso, los resultados en este aspecto no ha sido precisamente paradigmáticos. Además, parece artificial que el fiscal deba basar su acusación en pruebas que no han sido recibidas por él (como máximo, podrá controlar su producción) y para cuya selección -según las leyes- de toda iniciativa vinculante (sólo puede proponer diligencias que el juez cumplirá si, a su exclusivo criterio, son pertinentes y útiles). También se puede criticar una absurda inversión de roles, pues el fiscal, que debería investigar, sólo puede controlar lo que el juez investiga; y éste, que sólo debería controlar la investigación, la realiza personalmente”³².

En el nuevo proceso penal, la investigación preliminar ha sido organizada de tal manera que se delimitan bien las funciones de investigar, de las jurisdiccionales que corresponden al juez. Los roles de ambos han sido regulados en forma bien clara, y la etapa preparatoria responde estructuralmente a esa distinción³³.

En armonía con esa estructura, dispone el artículo 22 del nuevo Código Procesal Penal, que: “el juez no puede realizar actos que impliquen el ejercicio de la acción penal ni el Ministerio Público actos jurisdiccionales”. Esta fórmula ha demostrado ser más eficaz tanto para el éxito de la investigación y la aplicación de la ley penal, cuanto para la defensa de las garantías y de los derechos fundamentales de los sujetos involucrados en el proceso. Los dos grandes intereses que se relacionan en el proceso penal se fortalecen: aplicación de la ley penal y preservación de los derechos y de las garantías fundamentales.- De ese modo cada sujeto (juez, fiscal, defensor, imputado, acusador particular, actor civil, etc.) asume en forma más clara y cristalina su verdadero papel en el desarrollo del proceso, en especial el juez y el fiscal. Tales han sido también las recomendaciones sugeridas en el proyecto de “Reglas Mínimas de Naciones Unidas para el Procedimiento Penal” (Reglas de Mallorca), al señalarse en la regla A.2.1, que “la función investigadora y de persecución estarán estrictamente separadas de la función juzgadora³⁴”.

Distinguir entre la función de investigar y la tarea de control jurisdiccional no debe llevarnos a confundir la labor de investigación con la función del juez en la formación de la prueba. Una cosa es investigar sobre el hecho y sobre la existencia de posibles elementos de prueba, que corresponde al Ministerio Público, y otra distinta es la labor del juez en la formación de la prueba, es decir en la introducción de la prueba al proceso para ser tomada en cuenta en la decisión final³⁵.

32 CAFFERATA NORES, José I. La investigación fiscal preparatoria como alternativa frente a la instrucción jurisdiccional. cit, p. 676.

33 Véanse las observaciones de OSTOS, José Martín; et al. “Instrucción preliminar: ¿Responsabilidad del juez o del fiscal?” En: Memoria de la II Conferencia sobre reforma de la justicia penal. San Salvador, 1992. pp. 65 y ss.

34 NACIONES UNIDAS. Reglas mínimas de las Naciones Unidas para el procedimiento penal. Proyecto elaborado en Palma de Mallorca (1990-1992), por un selecto grupo de profesores y estudiosos de Derecho Procesal Penal, para Naciones Unidas. (Publicadas por el Gobierno Balear; Palma, 1992).

35 Respecto de esta distinción, véase DOMINIONI, Oreste. “Il público ministero come organo dell’investigazione nel progetto preliminare del codice di procedura penale”. En: Dalle indagini preliminari alla sentenza di primo grado. Actos del Congreso II nuevo processo penale, 7-9 abril 1978, ed. Jovene, Napoli, 1979. pp. 245 y ss. Sobre el sistema español, que a pesar de mantener la figura del juez instructor reconoce aquella distinción, véase ALMAGRO NOSETE, José. “La instrucción preparatoria”. En: GIMENO, Sendra; et al. Derecho Procesal, el Proceso Penal. Valencia: Tirant lo Blanch, 1987. Tomo II, vol 1. pp. 229 ss. Consúltense también el análisis de la situación colombiana hecho por UPRIMNY YEPES, Rodrigo. “¿Fiscal general o general fiscal? Nuevo procedimiento penal y derechos humanos en Colombia”. En: Revista del Colegio de Abogados Penalistas del Valle, vol. XVII, N° 29 y 30, marzo de 1995, pp. 111 a 172.

II.6.2 Labores de garantía y control

Al juez del procedimiento preparatorio le corresponde -como también a todos los jueces en general- garantizar el respeto de los derechos fundamentales y de la objetividad, lo único especial es que dicho funcionario ejerce esas tareas durante el procedimiento preparatorio. Particularmente debe ejercer una labor de vigilancia y control sobre la actividad de la policía y del fiscal durante la investigación, con el fin de minimizar o eliminar el abuso o la arbitrariedad³⁶.

Conforme al principio ne proceda judex ex officio, la intervención del juez durante el procedimiento preparatorio debe ser provocada por alguna de las partes o el Ministerio Público. Aun cuando en sentido estricto no se ha ejercido la acción penal, recordemos que la investigación constituye una actividad procesal y que en todo caso los actos que se realizan en ella tienden a investir al juez del conocimiento de la notitia criminis, de manera que forman parte de su promoción³⁷.

En consecuencia, no constituye una excepción a esa regla los casos en los cuales deba solicitarse una autorización al Juez para realizar ciertos actos, como los allanamientos de lugares habitados o las intervenciones telefónicas, puesto que -como en el caso anterior- la actividad del juez no es oficiosa sino requerida por los órganos represivos.

Como bien se afirma, "...el nuevo sistema coloca en manos del ministerio público (también de la policía, su auxiliar inmediato) la responsabilidad por la eficiencia de la persecución penal, y lo organiza conforme a las necesidades de esa función y de la responsabilidad consiguiente. De la misma manera, los tribunales asumen toda la responsabilidad por la labor de juzgar, v.gr., por el amparo a la persona que es perseguida penalmente, y son organizados conforme a su misión³⁸". En esa perspectiva corresponde al juez controlar el fiel cumplimiento de la objetividad que debe imprimirse a la investigación en sentido genérico (Véase supra apartado 5.c La objetividad de la investigación).

Para el cumplimiento de sus obligaciones es conveniente tener presente que en el nuevo proceso penal no puede ser apreciada para fundar cualquier decisión judicial, ni utilizada como presupuesto de ella, incluso ya desde la etapa preparatoria, cualquier prueba recogida con inobservancia de las formas y condiciones que impliquen violación de derechos y garantías del imputado, previstos en la Constitución, los tratados internacionales y la ley (art. 167 CPP). Tampoco pueden ser apreciadas aquellas pruebas que sean la consecuencia directa de ellas (fruto del árbol envenenado), salvo si se ha podido obtener otra información lícita que arroje el mismo resultado (art. 167 CPP). Esta labor debe ser ejercida, como indicamos, desde los primeros actos del procedimiento, de manera que no se puede pretender que el juez de la instrucción adopte medidas coercitivas contra el imputado basado en pruebas ilícitas, y menos que finalmente decida la apertura a juicio ostentado en ellas, durante la fase intermedia. Se trata de un mandato directo a la policía y al Ministerio Público de respetar los derechos fundamentales durante la recopilación de la prueba desde la fase preparatoria, que se traduce en una labor de vigilancia que corresponde reclamar ante el juez de la instrucción. Igual situación ocurre con los defectos formales que afectan los intereses que

36 Sobre la naturaleza del control frente a la investigación fiscal cfr: GONZÁLEZ-CUELLAR S., Nicolás. Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal, cit., pp. 135 y ss.

37 Cfr: GONZÁLEZ ÁLVAREZ, Daniel. "El concepto de acción en nuestro código procesal penal" En: Jurisprudencia Crítica. San José, 1988. N° 2, pp. 47 y ss.

38 MAIER, Julio B.J. y BINDER Alberto. Exposición de motivos del Anteproyecto de ley orgánica para la justicia penal y el ministerio público, cit., p. 8.

hace valer el Ministerio Público en el procedimiento o los derechos de la víctima, sin embargo están obligados a solicitar su saneamiento en ciertos plazos perentorios (art. 169 CPP).

Obsérvese que la función del juez del procedimiento preparatorio será, exclusivamente, de garante de las libertades ciudadanas, pues al menos en la fase preparatoria en sentido estricto no se le atribuye ninguna tarea sobre el mérito de la causa, salvo las valoraciones que debe hacer para determinar la aplicación de una medida coercitiva y partiendo del esquema que las labores en audiencia preliminar corresponden a la etapa intermedia. Conforme al escalafón judicial, los jueces de instrucción deben asumir tanto la etapa preparatoria como la intermedia (art. 73 CPP). El ideal lo constituye la separación, puesto que el Juez de la instrucción que autoriza los actos de investigación, cuando se requiere de ello, como en los allanamientos, intervenciones telefónicas y anticipos de prueba, por una consecuencia natural tiende a asumir un mayor compromiso con la investigación, y lo deseable es que en la audiencia preliminar el juez examine las actuaciones realizadas en la investigación preliminar del fiscal y valore el mérito de la acusación, desde una óptica de mayor independencia.

En consecuencia, en aquellos juzgados de instrucción en los cuales exista más de un juez, las labores podrían dividirse de tal manera que en un mismo caso quien intervenga en la Fase preparatoria no realice la audiencia preliminar sino que lo haga otro de los jueces del mismo despacho judicial, aspectos que podrían ser regulados por las normas prácticas que puede dictar el propio Poder Judicial, conforme se autoriza en el artículo 63 del Código Procesal Penal. Sin embargo comprendemos que habrá lugares en que por razones institucionales no será factible esta división, tomando en cuenta los recursos disponibles y la carga de trabajo, pues muchos Juzgados de Instrucción estarán conformados sólo por un Juez.

Independientemente de la solución que se adopte, lo cierto es que la labor del juez en la etapa preparatoria será de garantía, y en ella debe ser eficiente, pues constituye su exclusiva responsabilidad. Así como ahora se le trasladan al fiscal más tareas y responsabilidades, el juez debe asumir las suyas también con eficiencia.

Sin pretender agotar todas las posibilidades, a continuación listamos las atribuciones del juez de la instrucción en la etapa preparatoria, sin incluir sus labores en la Audiencia preliminar del procedimiento intermedio, pero advirtiendo desde ya que algunas de estas decisiones pueden adoptarse incluso también durante la audiencia preliminar:

II.6.2.1 En general resolver peticiones, excepciones e incidencias

En efecto, del artículo 292 del nuevo Código se deduce que corresponde al juez de la instrucción resolver peticiones, excepciones e incidentes, para lo cual debe realizar una audiencia oral en los casos en que se requiera recibir prueba o cuando deba resolver una controversia surgida entre los sujetos interrelacionados en esa fase: fiscal, defensor, imputado, partes civiles. En los demás casos resuelve dentro del tercer día la petición.

II.6.2.2 Resolver objeciones sobre la aplicación de un criterio de oportunidad

Tanto la víctima como el imputado pueden objetar dentro del tercer día la decisión del fiscal que

aplique o niegue un criterio de oportunidad, ante la posibilidad de que no se ajuste a los requisitos legales o constituya una discriminación, caso ante el cual el Juez debe convocar a una audiencia para resolver (art. 35 CPP). Esta opción puede presentarse antes de que se ordene la apertura a juicio, en consecuencia la controversia puede presentarse tanto en la etapa preparatoria cuanto en la audiencia preliminar de la etapa intermedia, como corre también con algunas de las otras funciones que aquí enlistamos.

II.6.2 Resolver sobre la suspensión condicional del procedimiento

Corresponde al juez, antes de que se ordene la apertura a juicio, resolver la solicitud fiscal respecto de la aplicación de la suspensión condicional del procedimiento, cumpliendo los requisitos exigidos en la ley (arts. 40 y 41 CPP).

II.6.2.4 Controlar el plazo de la investigación

El procedimiento preparatorio debe concluir en un plazo que no puede prolongarse más allá de tres meses cuando contra el imputado se ha dictado la prisión preventiva, incluso a pesar de estar revocada, o de seis meses en los demás casos. Antes de vencer dicho plazo el fiscal puede solicitar una prórroga para formular la acusación, y corresponde al Juez decidir si concede la prórroga, que no puede superar los dos meses, para lo cual debe escuchar previamente al imputado (art. 150 CPP). Además, corresponde al Juez, de oficio o a petición de parte, increpar a los representantes del Ministerio Público o a la víctima para que formulen dentro de los diez días siguientes la acusación, cuando el plazo se encuentra vencido, y ante su incumplimiento le corresponde decretar extinguida la acción penal (art. 151 CPP).

II.6.2.5 Ordenar medidas de coerción personal contra el imputado

El tema de las medidas de coerción personales contra el imputado merece una reflexión prolongada. En estas líneas dedicadas al procedimiento preparatorio no la abordamos, precisamente porque somos conscientes de la necesidad de dedicarle un tratamiento extenso, puesto que por su naturaleza suscitan siempre bastantes controversias y generan mucha atención de parte de todos los sujetos procesales que litigan en esta fase inicial del procedimiento. Para nuestros efectos, baste referir que corresponde al Juez, con las excepciones limitadas de la policía y el Ministerio Público en casos de flagrancia y otros supuestos, disponer las medidas de coerción luego de realizar una audiencia oral donde debe verificar la existencia de los presupuestos que el nuevo Código Procesal Penal exige (arts. 223 y ss. y 284 CPP).

II.6.2.6 Resolver controversias sobre la administración de la querrela

Corresponde al fiscal resolver sobre la admisibilidad de la querrela, sin embargo las partes pueden objetar ante el Juez la medida adoptada por el fiscal sobre su admisibilidad o rechazo. (269 CPP).

II.6.2.7 Autorizar actuaciones que comprometan otros derechos fundamentales, además de la libertad

Conforme al artículo 280 del Código Procesal Penal, corresponde al Ministerio Público practicar todas las diligencias de investigación, con el auxilio de la policía, sin embargo deben solicitar al Juez las autorizaciones necesarias, cuando ello se exija en forma expresa por estar comprometidos otros derechos fundamentales, distintos a la libertad personal, como ocurre, por ejemplo, en los casos de registro de morada y lugares privados (art. 180 CPP), para disponer el secuestro de cosas (art. 188 CPP), secuestro de correspondencia (art. 191 CPP), intervención telefónica (art. 192 CPP), entre otros.

Estas atribuciones, así como la de decidir sobre el arresto y la prisión preventiva, exigen que en la organización de las instituciones involucradas en el desarrollo de la etapa preparatoria del proceso penal, como ocurre con el Poder Judicial respecto de la judicatura y la defensa pública, en el Ministerio Público y en la policía, se adopten medidas para garantizar un servicio continuo y permanente las veinticuatro horas del día, de todos los días del año. Estas medidas ya son bastante comunes en la policía, que opera en forma ininterrumpida siempre y en algunos casos también en el Ministerio Público, pero debe ser extendida también a los jueces y a los defensores públicos, en virtud de que se necesitará practicar diligencias urgentes que no pueden postergarse o realizarse en las horas ordinarias en que se mantiene abierto el despacho judicial. Por lo general, durante los días feriados y festivos existe mayor probabilidad de que ocurran conflictos entre los ciudadanos, algunos de los cuales constituyen hechos delictivos que exigirán inmediata atención de parte de las autoridades penales. En virtud de que se exigen autorizaciones previas o decisiones del fiscal o del juez, que requerirán también la presencia de un defensor, las instituciones involucradas deben disponer jornadas especiales para atender esos casos, al menos en los lugares de mayor concentración de población y mayor conflictividad. En la experiencia de algunos países se realizan jornadas de turno extraordinario, y en los lugares de menor población se mantienen jueces, fiscales y defensores públicos en "disponibilidad", que deberán concurrir todas las veces y a la hora que se les requiera para alguna actuación procesal. Ello exige una fina planificación y coordinación entre todos los sujetos procesales: jueces, policías, fiscales, defensores públicos, en todos los circuitos judiciales del país.

Entendemos las limitaciones presupuestarias de nuestras instituciones estatales, y la necesidad de descanso de sus trabajadores, pero las nuevas exigencias procesales requieren ser atendidas con algún grado de creatividad, pues muchas actividades probatorias podrían ser invalidadas luego si no se cumplen con los nuevos requisitos legales, generando mayor impunidad y desconfianza en la ciudadanía.

II.6.2.8 Resolver controversias sobre la práctica de pruebas durante la investigación

Corresponde al fiscal la realización de la investigación preparatoria, con el apoyo de la policía, para lo cual realizan las diligencias de investigación que sean necesarias. Las partes pueden proponerle al fiscal diligencias de investigación dirigidas a atender sus derechos. Si el Fiscal no atiende la solicitud, las partes pueden acudir ante el juez para que decida sobre la procedencia de la prueba propuesta, quien finalmente puede ordenarle al Fiscal que la realice si la estima procedente (art. 286 CPP).

II.6.2.9 Conocer objeciones sobre el archivo fiscal

El Ministerio Público puede, en ciertos supuestos, disponer el archivo del caso mediante dictamen motivado, el cual puede ser objetado por la víctima e incluso hasta por el imputado (cuando estima que ha conciliado bajo coacción o amenaza), ante el juez, quien decidirá lo que corresponda luego de realizar una audiencia oral (arts. 281 y 283 CPP).

II.6.2.10 Realizar los anticipos jurisdiccionales de prueba

Como una excepción a los límites de la etapa preparatoria, en ciertos supuestos tasados en la ley, se autoriza a las partes acudir ante el juez para que practique prueba que será introducida por lectura al juicio, y corresponderá a este último decidir y practicarla, conforme exponemos adelante (art. 287 CPP).

II.6.2.11 Autorizar la práctica de la autopsia

Conforme al artículo 217 del nuevo Código Procesal Penal, corresponde al Ministerio Público ordenar la autopsia en los casos en que ello sea necesario para establecer la causa médica de muerte, de los estados patológicos preexistentes, de la forma médico legal del hecho y del momento en que ésta se produjo. Pero si el Ministerio Público no ordena la autopsia, las partes pueden solicitarle al juez que lo haga.

De acuerdo con esas atribuciones que hemos señalado en la lista anterior; las partes pueden plantearle al juez del procedimiento preparatorio cualquier incidencia surgida con el fiscal o la policía en el curso de la investigación y que sea relevante, es decir que produzca o pueda producir perjuicios o agravios para las partes, en especial algún efecto negativo sobre el derecho de defensa o en general que pueda lesionar el acceso a la justicia en el caso concreto. En el curso de la investigación, sobre todo frente al uso de las atribuciones probatorias que se le asignan a los órganos represivos del Estado, las partes se encuentran autorizadas para pedir el auxilio del juez, cuando surja algún conflicto o se estime arbitraria o abusiva la actividad de aquellos.

Esas posibilidades de las partes se ven reforzadas en la medida en que el Código le impone un deber claro y preciso al Ministerio Público, de investigar no sólo las circunstancias que permitan comprobar la acusación, sino también las que sirvan para eximir de responsabilidad al acusado (artículos 259 y 260 CPP), de manera que cualquier deficiencia en ese sentido puede ser controlada por el juez, a quien las partes le pueden solicitar que le ordene al fiscal realizar determinadas indagaciones y que acepte recibir elementos de prueba.

La labor del juez del procedimiento preparatorio no puede consistir simplemente en “purificar” o legitimar los actos de la policía o el Ministerio Público, ni tampoco en dar paso irrestricto a las solicitudes de la defensa. Por el contrario, debe examinar la procedencia de las peticiones, según los principios que orientan el funcionamiento del sistema penal, así como también conforme a los derechos fundamentales tanto de acusados como de víctimas. Una actitud irreflexiva en alguno de esos sentidos desnaturalizaría totalmente su razón de ser³⁹. En todo caso recuérdese que

39 GIOSTRA, Glauco. “Il giudice per le indagini preliminari e le garanzie della libertà personale”. En: Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale. Nuova Serie, anno XXXVIII, Fasc. 4, ottobre-dicembre 1994, pp. 1251 y ss.

las posibles violaciones a los derechos fundamentales que surjan en esta etapa con incidencia en el proceso, siempre que mantengan actualidad, pueden ser replanteadas en etapas sucesivas, principalmente de inmediato en la audiencia preliminar; pero también en el juicio e incluso en casación, y todavía en revisión si se vislumbra uno de sus presupuestos⁴⁰.

II.6.3 Los anticipos jurisdiccionales de prueba

Recordemos que fuera de los casos expresamente previstos en el Código, no existe mayor alcance probatorio de la actividad de investigación más que para sustentar la acusación o la defensa del imputado durante la audiencia preliminar; pero sin incidencia en el juicio. Uno de los casos de excepción lo constituyen los anticipos de prueba previstos en el artículo 287 del nuevo Código Procesal Penal. Lo primero que debe llamar la atención es que el procedimiento para anticipar prueba no puede ser utilizado en cualquier caso. El Código señala en forma expresa los supuestos que deben concurrir para que se autorice la anticipación. Con ello queremos hacer notar que, aun cuando el Ministerio Público o la policía quisieran la anticipación de la práctica de determinados elementos de prueba, sobre todo respecto de la testimonial, con el fin de “amarrar” el caso y mantener prueba segura y contundente, ello no es factible si no concurren los presupuestos establecidos en la ley para que tal cosa se realice.

En consecuencia, el primer aspecto de relevancia en la tarea del juez cuando interviene en esta materia, es verificar la concurrencia de los supuestos de ley para que tal prueba se anticipe al juicio, además de garantizar los principios de la oralidad en su recepción (citación previa, concentración, continuidad, contradicción, inmediatez), de manera que todas las partes puedan intervenir como si se tratara del juicio.

La posibilidad de que se anticipen pruebas en el curso de la investigación preparatoria, responde a la doble exigencia de hacerle frente a las situaciones en que se presenta la necesidad de asumir en ese momento actos no reenviables al debate, destinados a ser utilizados como prueba en el juicio, pero sin reproducir un esquema de algún modo asimilable al modelo de la vieja instrucción inquisitiva.⁴¹

El hecho de que la prueba se haya anticipado con todas las garantías (citación previa a las partes, oportunidad real de intervención, presencia del juez, etc.) no es suficiente para que adquiera plena eficacia en juicio. Es necesario además, conforme indicamos, que haya concurrido alguna de las condiciones por las que la ley autoriza en forma expresa la anticipación de la prueba, de modo que se justifique no esperar hasta el juicio. Se trata de un requisito de validez que debe controlar el juez.

En este sentido conviene señalar también que el Juez no puede sustituir la investigación del fiscal. Recordemos que el nuevo Código dispone en forma clara que *“Las funciones de investigación y de persecución están separadas de la función jurisdiccional. El juez no puede realizar actos que impliquen el ejercicio de la acción penal ni el Ministerio Público actos jurisdiccionales”* (artículo 22 CPP), lo que significa que no es posible solicitarle al juez la práctica de esos actos de prueba durante la investigación preparatoria, sino que quien debe practicarlos es el fiscal, conforme a las atribuciones que se le asignan durante la investigación. Como muy bien se afirma, “...el juez llamado

40 Cfr. GONZÁLEZ ÁLVAREZ, Daniel; y HOUED VEGA, Mario. “Algunas consideraciones sobre la evolución de la casación penal” En: Ciencias Penales. San José, setiembre de 1995. N° 10, pp. 64 y ss.

41 NEPPI MODONA, Guido. *Indagini preliminari e udienza preliminare*. cit., p. 363.

a desarrollar la prueba no asume algún rol de gestión ni conduce las indagaciones, interviene sólo a solicitud de las partes y su intervención se circunscribe rígidamente a la formación de la prueba solicitada. Tanto es así que las pruebas no permanecen en la oficina del juez, sino que se remiten al Ministerio Público para que las agregue al expediente..."⁴², lo que expresamente también señala el párrafo final del artículo 287 del Código dominicano.

Lo importante es que no se llegue a desnaturalizar la investigación y no se le traslade al juez una labor de investigación que es propia del fiscal, según los nuevos postulados. Para ello téngase presente las distinciones que hacíamos entre la función de investigar y la labor jurisdiccional en la recepción de la prueba.

El procedimiento de citación previa y posibilidad real de intervención a las partes debe seguirse (conforme al artículo 287 CPP), en **primer lugar**, cuando se trata de un peritaje que por sus características no permita que se realice posteriormente un nuevo examen, cuya práctica podrá verificarse sólo una vez, sin posibilidad de repetirse y que además no puede postergarse para el juicio⁴³. En este sentido encontramos una excepción con el tema de la autopsia (art. 217 CPP), según expresamos antes.

En segundo lugar también debe seguirse ese procedimiento tratándose de la **prueba testimonial**, en dos supuestos bien definidos:

- a. cuando se presuma que por algún obstáculo difícil de superar el testigo no podrá presentarse al juicio, como por ejemplo que padece una enfermedad terminal, o se trata de un extranjero de paso por el país.
- b. cuando, por la complejidad del asunto, exista probabilidad de que el testigo olvide circunstancias esenciales sobre lo que conoce, para lo cual debe analizarse tanto el grado de complejidad del asunto como las condiciones de la persona que deba rendir testimonio.

Se trata de situaciones objetivas verificables, cuyo análisis y ponderación corresponden al juez. Una interpretación extensiva del último de los supuestos podría hacer que muchas declaraciones sean recibidas por este mecanismo, ante la posible presión de la policía o el fiscal, quienes desean estar tranquilos sobre el curso de la investigación y más seguros para el juicio, al proceder a exigir que se le reciba declaración a ciertas personas en forma anticipada. Para ello podrían alegar que el caso es difícil y que la persona puede olvidar aspectos de relevancia.

Serán los tribunales los que establecerán las condiciones de aplicación de esa norma, pero lo cual no deben confundir gravedad del asunto con complejidad. Muchos casos sumamente graves son muy sencillos de probar; sin embargo entre más compleja ha sido la actividad delictiva podría ser también compleja su prueba y el retener aspectos de importancia, como podría ocurrir con ciertas defraudaciones y estafas realizadas mediante mecanismos y sistemas muy complejos, que exija a los testigos recordar una infinidad de detalles contables, de operación y otros aspectos de relevancia que puedan olvidarse muy fácilmente con el tiempo.

42 NEPPI MODONA, Guido. Op. ult. cit., p.365-366. 44 MAIER, Julio. La investigación penal preparatoria del Ministerio Público. cit., pp. 112 y ss.

43 MAIER, Julio. La investigación penal preparatoria del ministerio público. cit., pp. 112 y ss.

El procedimiento a seguir está definido en la ley. El juez practica personalmente el acto, no lo puede delegar a sus colaboradores (actuarios, secretarios, auxiliares, escribientes), pues debe recibirlo en condiciones similares al juicio. Para ello debe citar previamente a las partes, quienes tendrán derecho de asistir, de hacerse acompañar de sus abogados y ejercer todas las facultades que el Código les brinda, entre ellas hacer observaciones, preguntar a los testigos, solicitar que se consignen ciertos datos de interés, etc. (artículo 287 párrafo segundo CPP). Como bien se afirma, se dispone “la realización jurisdiccional de esa prueba, de un modo tal que también se anticipen las condiciones básicas del juicio, en especial, la posibilidad de control sobre la prueba por parte de todos los sujetos y la presencia del juez”⁴⁴.

Estos actos pueden realizarse sin previo aviso a las partes, cuando existe extrema urgencia en realizarlo, en cuyo caso el Ministerio Público puede solicitar incluso verbalmente al juez que disponga realizarlo, pero de ser necesario debe designarse un defensor público para que participe en el acto (Art. 288 CPP). Para tales efectos la defensa pública deberá tener al menos un defensor de turno, que eventualmente pueda ser llamado con suma urgencia incluso en horas no hábiles. La norma señala que el defensor público se designa sólo en caso de “...de ser necesario...”. Esa necesidad la examina el juez en cada caso concreto y debe ser apreciada según la trascendencia del acto que deba realizarse y los efectos que se presume pueda llegar a tener para la defensa o la condena del imputado. Lo deseable -desde luego- sería que el defensor público participe en todos los casos, para lo cual debe estar disponible y acudir tan pronto como sea llamado, aun cuando ignore qué clase de acto se va a ejecutar y a quién afectará.

Desde luego, inmediatamente después de realizar el acto, debe ponerse en conocimiento de las partes, notificando sobre su resultado y poniendo a disposición las actas respectivas, así como el examen del material decomisado si lo hubiere. La información que se le brinda al imputado al momento de su primera declaración, cuando se le ponen en conocimiento todas las actuaciones realizadas y las pruebas existentes, vale para los efectos de aquella notificación.

La prueba recibida conforme al procedimiento del anticipo, puede ser introducida por lectura al juicio (art. 312.2 CPP), pero esta circunstancia no exime del deber de citación para el juicio, pues si se trata de un testigo que, no obstante aquellas presunciones (que podría no estar presente en la audiencia del juicio o que por la complejidad podría olvidar aspectos esenciales), es localizable y se puede hacer comparecer siempre a la audiencia del juicio, debe ser llamado a requerimiento de las partes, para someterlo a interrogatorio frente al tribunal que conocerá del caso, con el fin de que los juzgadores puedan apreciar su testimonio (inmediación), a pesar de que se le puedan hacer ver las contradicciones u omisiones en que incurra, según lo que hubiere declarado antes, conforme lo señala el artículo antes citado.

II.7 La intervención de las partes en el procedimiento preparatorio

Todas las partes pueden intervenir en el procedimiento preparatorio, incluso las partes civiles. Particularmente mencionaremos algunos aspectos relacionados con la intervención del imputado, la defensa, la víctima y el querellante.

44 BINDER, Alberto M. Introducción al derecho procesal penal. cit., p. 217.

El artículo 12 del nuevo Código señala, conforme al derecho constitucional y convencional, que las partes intervienen en el proceso en condiciones de igualdad, de forma que para el pleno e irrestricto ejercicio de sus facultades y derechos, los jueces deben allanar todos los obstáculos que impidan la vigencia o debiliten este principio.

II.7.1 La participación del imputado y la defensa

En el procedimiento preparatorio se garantiza al imputado y a la defensa una amplia intervención, con posibilidades de control en caso de conflicto con el Ministerio Público. En armonía con esta pretensión, ya en la declaración de principios se dispone que *“todo imputado tiene el derecho irrenunciable a defenderse personalmente y a ser asistido por un defensor...desde el inicio del procedimiento y siempre con anterioridad a la primera declaración sobre el hecho...”* (art. 18 CPP), lo que implica facilitarle una amplia intervención en todas las fases del proceso, desde los actos iniciales.

Desde ese punto de vista se encuentra legitimado para participar en todas las fases del proceso, y sus derechos también son especialmente regulados en el ordenamiento, en especial conocer el motivo de su detención y el funcionario que la ordenó; ser asistido desde el primer momento por su abogado; derecho a presentarse ante el Ministerio Público para que se le informe sobre los hechos que se le imputan, cuando todavía no ha sido llamado; abstenerse de declarar; no ser sometido a técnicas ni métodos que alteren su libre voluntad o atenten contra su dignidad, etc. (véase en especial art. 95 CPP)⁴⁵.

Recordemos, conforme señalábamos, que la actividad de los órganos de investigación debe orientarse también a determinar aquellas circunstancias que favorezcan la absolución del imputado y no solamente la prueba que lo incrimine. En consecuencia, todas aquellas veces que los órganos de investigación desatiendan peticiones y solicitudes de prueba de la defensa, siendo pertinentes y útiles para la averiguación del hecho, se puede recurrir ante el juez del procedimiento preparatorio para que éste dirima la controversia.

Durante la investigación el Ministerio Público debe permitir la presencia de las partes en los actos que practique, según se encuentran expresamente autorizadas, siempre que no interfieran en el normal desarrollo de las actividades (286, 287, 290, 292 CPP).

En otros términos, se garantiza la intervención de todas las partes, incluyendo al querellante y desde luego la defensa y el imputado, durante los actos de investigación del fiscal, así como la posibilidad de que propongan elementos de prueba. Si el fiscal se niega a permitir la participación, o a realizar las indagaciones demandadas, siempre que fueren pertinentes y útiles, la parte afectada puede recurrir al juez, quien resolverá en definitiva lo que corresponda. Si acoge la propuesta ordena al fiscal realizar los actos indispensables, garantizando la intervención necesaria a las partes.

⁴⁵ Sobre el derecho de defensa y las consecuencias de su violación véanse CRUZ CASTRO, Fernando. La defensa penal y la independencia judicial en el Estado de Derecho. San José: ILANUD, 1989. pp. 56 ss.; VÁSQUEZ ROSSI, Jorge. La defensa penal. Santa Fe (Argentina): Rubinzal y Culzoni, 1978. pp. 63 y ss. y CARULLI, Nicola. La difesa dell'imputato. Jovene, Napoli, 1978. pp. 31 y ss.

Asimismo, con el fin de que el imputado conozca sus derechos desde los primeros actos del procedimiento, el nuevo Código exige que “Toda persona tiene el derecho de ser informada previa y detalladamente de las imputaciones o acusaciones formuladas en su contra desde que se le señale formalmente como posible autor o cómplice de un hecho punible” (artículo 19 CPP).

También durante el procedimiento preparatorio, si el imputado desea hacerlo, puede declarar ante el fiscal siempre que esté presente su defensor (arts. 102, 103 y 104 CPP). Como muy bien afirma Cafferata, “...tratándose de un medio de defensa (y no de prueba) que debe respetar la libre decisión del imputado, no vemos reparo en que la reciba el ministerio fiscal, en presencia del defensor. Si tal tarea se pretende poner siempre en manos del juez, se creará una enorme complicación, pues éste deberá contar con una infraestructura importante a ese fin, y tendrá que estudiar el caso antes de llevar a cabo el acto, para la declaración tenga un marco de seriedad. A ello debe sumarse la demora y el papeleo (suplicatorias, libros de entradas y salidas, etc.)...”⁴⁶. Finalmente debe señalarse que las partes tienen derecho a examinar las actuaciones directamente o por medio de sus representantes (artículo 290 CPP). Nos referimos en concreto al expediente donde se consignan las actuaciones. Como bien se afirma, “...durante el procedimiento preparatorio, si bien no es una etapa eminentemente contradictoria como lo es el juicio, deben existir igualmente amplias posibilidades de defensa: ello supone la posibilidad de proponer diligencias, de participar en los actos, de plantear incidentes, etcétera. También significa que, si bien esta etapa no es pública en el sentido en que lo es el juicio oral (abierto a todos los ciudadanos), no se debe deducir de ello que sea secreta para los distintos sujetos procesales. Al contrario: el defensor, el querellante, las partes civiles, deben tener acceso al desarrollo de la investigación”⁴⁷. La única salvedad la constituye el secreto instructorio en los casos y con los límites en que es admisible, siempre que contra el imputado no se haya solicitado una medida de coerción o se hubiere pedido un anticipo de prueba (artículo 291 CPP).

II.7.2 La participación de la víctima y el querellante

El nuevo sistema por un lado abandona la inflexible posición anterior; según la cual frente a todo hecho delictivo debía tramitarse un proceso para llegar a la imposición de una pena, basada en teorías absolutistas y en su lugar se flexibilizan las posibles respuestas frente a la criminalidad, por medio de distintos mecanismos procesales (principio de oportunidad, suspensión del procedimiento a prueba, procedimiento abreviado, conciliación, etc.); y por otro lado, se reconoce en forma amplia la participación de la víctima en la búsqueda de esa solución, otorgándosele mayor disponibilidad sobre el curso del procedimiento y el resultado final de la causa⁴⁸.

Esta nueva intervención permite, a su vez, que sean los protagonistas del conflicto quienes asuman un papel de relevancia en la posible respuesta del sistema penal, con los necesarios controles y límites que se justifiquen según el sistema de valores y el sistema jurídico.

46 CAFFERATA NORES, José I. La investigación fiscal preparatoria como alternativa frente a la instrucción jurisdiccional. cit., p. 683.

47 BINDER, Alberto M. Introducción al derecho procesal penal, cit., p. 219.

48 Sobre la intervención de la víctima en el proceso penal cfr. ESER, Albin. “Acerca del renacimiento de la víctima en el procedimiento penal”. En: De los delitos y de las víctimas. Buenos Aires: Ad-hoc, 1992. pp. 13 ss.; HIRSCH, Hans Joachim. “Acerca de la posición de la víctima en el Derecho Penal y en el Derecho procesal penal”. En: idem. pp. 91 ss.; y GIARDA, Angelo. La persona offesa dal reato nel processo penal. Milano, Giuffrè, 1971, pp. 61 ss. MAIER, Julio. Exposición de Motivos del Proyecto de Código Procesal Penal de la Nación. cit., p. 657.

Como muy bien lo señala Maier al comentar su proyecto, “se decidió mantener al querellante por delito de acción pública, pues, además de constituir una institución definitivamente arraigada en la administración de justicia penal de la Nación, se inscribe en la tendencia de incorporar a quienes afecta el delito al procedimiento que se dispone para la solución del conflicto social en el que consiste una infracción penal; por otra parte, el interés directo del afectado produce, al menos, el efecto saludable de evitar, en los casos concretos, la tendencia a la rutina que caracteriza a los órganos estatales.”⁴⁹

Esa participación de la víctima en el proceso penal es sugerida por Naciones Unidas, al recomendar en la “Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder”⁵⁰ que las víctimas “...tendrán derecho de acceso a los mecanismos de la justicia y a una pronta reparación del daño que hayan sufrido...” (Sección A, punto 4 de la Resolución), así como también al disponer que “se facilitará la adecuación de los procedimientos judiciales y administrativos a las necesidades de las víctimas: a) Informando a las víctimas de su papel y del alcance, el desarrollo cronológico y la marcha de las actuaciones, así como de la decisión de sus causas, especialmente cuando se trate de delitos graves y cuando haya solicitado esa información; b)...; c) Prestando asistencia apropiada a las víctimas durante todo el proceso judicial...” (Sección A, punto 6, apartes a y c de la Resolución).

Conforme al nuevo Código Procesal, la víctima, por el sólo hecho de serlo y sin haberse constituido en parte, tiene derecho de intervenir en el procedimiento conforme lo autoriza el Código, recibir trato digno, ser respetada su intimidad, recibir protección, ser informada y recurrir de las resoluciones que finalicen el procedimiento, ser escuchada en cada decisión que implique la extensión o suspensión de la acción penal cuando lo solicite (arts. 27 y 84 CPP).

Pero el más importante de todos sus derechos procesales lo constituye, sin lugar a dudas, coadyuvar en el ejercicio de la acción penal pública por medio de la presentación de una querrela (artículos 85 y 267 ss CPP), y el ejercer de la acción civil resarcitoria (arts. 50 ss. CPP). La facultad de querellar en forma independiente se encuentra complementada por otras disposiciones que autorizan al querellante a suplir deficiencias y omisiones en la acusación del fiscal, cuando este último ha optado por acusar; y tienden a suplir tanto deficiencias en la exposición de los hechos acusados, cuanto en los fundamentos de la misma y en el ofrecimiento de las pruebas de cargo. Estas opciones las puede ejercer luego de dársele traslado sobre el contenido de la acusación fiscal, ya sea como víctima, como querellante o como actor civil (artículos 295, 296 y 297 CPP).

La formulación de la querrela por delitos de acción privada no corresponde ser abordada en el procedimiento preparatorio, razón por la cual omitimos cualquier referencia.

La formulación de la querrela por delitos de acción privada no corresponde ser abordado en el procedimiento preparatorio, razón por la cual omitimos cualquier referencia.

49 MAIER, Julio. Exposición de Motivos del Proyecto de Código Procesal Penal de la Nación. cit., p. 657.

50 Recomendada en el VII Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, Milán, agosto-setiembre de 1985, y aprobada por la Asamblea General en resolución 40/34 de 29 de noviembre de 1985.- (Su texto completo aparece publicado en la Revista del ILANUD, año 7, N° 19, San José, junio de 1986, pp. 74 ss.; también en SAAVEDRA ROJAS, Edgar y GORDILLO LOMBANA, Carlos. Derecho Penal Internacional. Bogotá: ed. Ibañez, 1995. Tomo I, pp. 768 y ss.)

II.7.3 La participación del actor civil y el tercero civilmente demandado

La acción civil puede ser ejercida por todas aquellas personas que hayan sufrido consecuencias del delito, así como sus herederos y legatarios, con el fin de obtener resarcimiento de los daños y perjuicios causados, o bien para obtener la restitución del objeto material del hecho punible, y puede ser dirigida tanto contra el imputado, principal responsable de pagar los daños y perjuicios ocasionados, como también contra aquella persona que las leyes señalen como corresponsable del pago de esa indemnización civil (art. 50 CPP). También el Ministerio Público o bien una organización no gubernamental especializada, pueden ejercer la acción civil cuando se trate de infracciones que afecten intereses colectivos o difusos, interviniendo en el proceso como parte civil (art. 51 CPP).

Finalmente, la víctima puede delegar el ejercicio de la acción civil en organizaciones no gubernamentales, cuyos objetivos se vinculen directamente con los intereses de aquella, cuando carezca de recursos o sea incapaz de hacer valer sus derechos (art 52 CPP).

Esta tiene carácter accesorio respecto de la acción penal, entendida ésta como la principal (art. 53), y debe presentarse durante el procedimiento preparatorio, antes de que se formule la acusación fiscal o conjuntamente con la querrela (art. 121 CPP).

El actor civil interviene en el proceso como parte, pero sus facultades están limitadas a acreditar la existencia del hecho, a determinar sus autores y cómplices, la imputación de ese hecho a quien considere responsable, el vínculo con el tercero civilmente responsable, la existencia, extensión y cuantificación de los daños y perjuicios y la relación de causalidad entre el hecho y el daño (123 CPP). Consideramos que esas potestades, lejos de constituir una limitación, en realidad le permite intervenir con plena capacidad en toda la actividad desplegada durante la investigación del procedimiento preparatorio y durante todo el proceso. En consecuencia le son aplicables las normas ya señaladas que autorizan la participación del querellante en esta fase.

El tercero civilmente demandado es la persona que, según las leyes o por relación contractual, debe responder por los daños y perjuicios que el imputado provoque con la realización del hecho punible (art. 126 CPP), y desde su intervención goza de las mismas facultades concedidas al imputado para su defensa, en lo concerniente a sus intereses civiles (art. 131 CPP), por lo que valen respecto de él las facultades ya descritas aquí para el imputado, durante el procedimiento preparatorio.

Sí debemos resaltar que las partes civiles, tanto el actor como el tercero civilmente demandado, si bien tienen como objetivo reclamar o defenderse del pago de los daños y perjuicios ocasionados con el hecho punible, su participación se extiende a todos los aspectos debatidos en el proceso penal englobados en la acción principal, porque de los hechos descritos en la acusación en realidad depende siempre la posibilidad de obtener dicha indemnización, pues se trata del hecho generador; aunque luego la investigación deba extenderse a determinar los alcances de esos daños y su cuantificación.

II.8 Actos conclusivos del procedimiento preparatorio

Para hablar de la conclusión del procedimiento preparatorio debemos tener presente las observaciones hechas con anterioridad, respecto de la estructura del proceso penal en el nuevo Código Procesal Penal Dominicano, al distinguir también como una fase del procedimiento a la Etapa Intermedia (Audiencia Preliminar), diferenciándola de la etapa preparatoria.

El procedimiento preparatorio concluye formalmente con las solicitudes realizadas por el fiscal, cuando adopta una concreta posición sobre el fondo del asunto, o sobre el curso del procedimiento, luego de comunicada dicha solicitud a la víctima, al querellante o al actor civil, según corresponda.

El fiscal debe valorar en cada caso concreto el mérito de la investigación, con el propósito de definir su posición, sin encontrarse obligado a acusar a ultranza. Conforme se exige, el mismo fiscal que investigó el asunto asiste al juicio, sea como sujeto principal en representación del Ministerio Público o auxiliar; en consecuencia de él depende no hacer perder tiempo a los tribunales y al resto de las partes cuando pretenda ir al debate público sin elementos probatorios que así lo justifiquen.

El fiscal puede concluir directamente el procedimiento preparatorio si dispone el archivo, pero también concluye el procedimiento preparatorio si solicita la suspensión condicional del procedimiento, o solicita la apertura a juicio mediante la acusación, o pide el procedimiento abreviado.

II.8.1 El archivo fiscal

La posibilidad de que el fiscal asuma un papel protagónico en el archivo de la causa siempre ha provocado mucha polémica en sistemas que no le han permitido al Ministerio Público asumir como regla el principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal, sino sólo como excepción y bajo ciertos controles jurisdiccionales⁵¹. En ese contexto, una vez surgida una notitia criminis, la regla había sido la de que deba intervenir un órgano jurisdiccional para que se pronuncie sobre ella, sin coartar la libertad del Ministerio Público de asumir una concreta posición alrededor de la misma.

En la experiencia italiana, observa Pisapia, "...es oportuno recordar que, antes de la reforma de... 1944, el Ministerio Público podía ordenar directamente la desestimación de la notitia criminis: lo que significaba, prácticamente, poder disponer de la acción penal, cuya obligatoriedad venía a ser gravemente vulnerada... Después de la restauración del régimen democrático se ha restablecido por ello el sistema vigente con el C.P.P. de 1913, confiando a un órgano jurisdiccional... el control sobre la decisión del Ministerio Público..."⁵².

El nuevo Código Procesal Dominicano, por el contrario, le otorga al Ministerio Público la posibilidad de disponer en forma directa el archivo de la causa, pero establece siempre controles

51 En general véanse nuestras observaciones en GONZÁLEZ ÁLVAREZ, Daniel. La obligatoriedad de la acción en el proceso penal costarricense. 2° Ed. San José (Costa Rica): Investigaciones Jurídicas S.A., 1992. pp. 175 ss., y en particular véase CARULLI, Nicola. L'archiviazione. Giuffrè, Milano, 1958, pp. 49 y ss.

52 PISAPIA, Giandomenico. Compendio di procedura penale. 2° Ed. Padova: CEDAM, 1979. p.139.

jurisdiccionales que dependen de la víctima, de modo tal que finalmente quien adopta la decisión es el Juez.

En efecto, conforme al artículo 281 del Código Procesal Penal, el fiscal puede disponer el archivo cuando:

1. No existen suficientes elementos para verificar la existencia del hecho.
2. Un obstáculo legal impide el ejercicio de la acción, como por ejemplo porque el imputado goza del derecho de antejuicio, o la víctima no ha denunciado, en casos en que se requiere la instancia.
3. No ha podido individualizarse al imputado.
4. Los elementos de prueba resultan insuficientes para fundamentar la acusación y no exista razonablemente la posibilidad de incorporar nuevos.
5. Concorre un hecho justificado o la persona no puede ser considerada penalmente responsable.
6. Cuando es evidente que el hecho no constituye delito.
7. Se ha extinguido la acción penal, por prescripción o cualquiera de las otras causales.
8. Las partes han conciliado.
9. Cuando el Fiscal procede a aplicar un criterio de oportunidad.

Los primeros cuatro supuestos no constituyen cosa juzgada, pues el archivo puede ser modificado cuando varíen las circunstancias que lo fundamentan o se supera el obstáculo procesal que impedía el ejercicio de la acción; mientras que los restantes cinco casos el archivo extingue la acción penal, siempre que no sea revocado por el juez (art. 281.10 CPP).

Antes de proceder a disponer el archivo en la cuarta o quinta causal, el Ministerio Público debe ponerlo en conocimiento del querellante o la víctima que ha solicitado ser informada y ha ofrecido su domicilio, para que hagan las observaciones pertinentes y manifiesten si tienen objeción al respecto, pero sus apreciaciones no son vinculantes para el fiscal (art. 282 CPP). Esta comunicación no constituye una notificación formal, pero sí debe reunir algunos elementos indispensables para asegurar la autenticidad del aviso y el contenido del acto comunicado.

Pero en esos dos casos y en cualquier otro en que se disponga el archivo, debe notificarse a la víctima que formuló la denuncia y solicitó ser informada y al querellante, para que objeten la medida ante el Juez, solicitando la ampliación de la investigación, indicando los medios de prueba practicables o individualizando al imputado, porque hubo aspectos que no fueron indagados por el fiscal. (art. 283 CPP).

Esa objeción pueden formularla la víctima e incluso el propio imputado, tratándose del archivo de la causa por conciliación, cuando alguno de ellos invoque haber actuado bajo coacción o

amenaza (art. 283 CPP). Finalmente el juez convoca a una audiencia y confirma o revoca el archivo, resolución que es apelable (283 in fine CPP).

Es de esperar, como ya se ha evidenciado, que todas estas opciones de las cuales dispone el fiscal, elimine una práctica ampliamente experimentada en el sistema inquisitivo, que llegó a constituir una difusa costumbre judicial, de descargar sobre el debate también los casos de incierto éxito probatorio, y que en su lugar el fiscal asuma con objetividad su función, disponiendo el archivo en los casos que, según la experiencia, haya escasa posibilidad de condena⁵³.

II.8.2 Otros requerimientos fiscales conclusivos

Conforme al artículo 293 del nuevo Código Procesal, el procedimiento preparatorio puede concluir también con la solicitud fiscal ante el Juez para que se aplique la suspensión condicional del procedimiento o cuando solicite el procedimiento abreviado.

En el primer caso debe cumplir todos y cada uno de los requisitos exigidos (arts. 40 y ss.); mientras que en el segundo, no sólo debe cumplir con los requisitos (art. 362 CPP), sino además debe formular la acusación, a la cual nos referimos a continuación.

En realidad el Código ha querido hacer una distinción entre la suspensión condicional del procedimiento, por un lado, y la aplicación de un criterio de oportunidad y la conciliación, por el otro, no obstante tratarse de formas diferenciadas de resolver el conflicto, porque sólo en el primer caso exige la intervención del Juez para disponerlo, mientras que en los segundos autoriza directamente al fiscal para que pueda disponer el archivo, el cual puede llegar a constituir cosa juzgada si la víctima no lo objeta ante el Juez y éste no revoca la medida.

II.8.3 La acusación fiscal

Una de las más importantes funciones del Ministerio Público la constituye, sin lugar a dudas, el ejercicio de la acción penal, con todas sus implicaciones. Todos los actos de investigación forman parte de esa labor; en la medida en que constituyen el antecedente y el fundamento para promover la acción.

Ese acto se promueve todas las veces en que el Ministerio Público dirige una concreta solicitud a un Tribunal, respecto de una *notitia criminis*, para que éste se pronuncie y resuelva lo que corresponda⁵⁴. Esa solicitud no se agota con la acusación, pero ésta forma parte de aquella.

La acusación también constituye otra forma de concluir el procedimiento preparatorio, y la formula el fiscal cuando “...estima que la investigación proporciona fundamento para someter a juicio público al imputado...” (artículo 294 CPP).

Se trata de un juicio de probabilidad que realiza el fiscal, según los elementos de prueba que hubiere podido recoger durante la investigación y los que pueda aportar durante el juicio. Conforme

53 NEPI MODONA, Guido. Indagini preliminari e udiencia preliminare. cit., p. 384.

54 Ibídem, pp. 59 ss.

señalábamos, dependerá del Ministerio Público el que se solicite la apertura a juicio cuando las condiciones probatorias del caso así lo justifiquen, con el fin de evitar los debates innecesarios, con la consecuente pérdida de recursos y de tiempo. La acusación fiscal debe contener los datos que permitan identificar al imputado, una relación precisa y circunstanciada de los hechos, y la cita de los preceptos jurídicos aplicables; sin embargo, debe contener además, el ofrecimiento de prueba para el juicio, y también un adecuado fundamento de los elementos de convicción que motivan la acusación (artículo 294 citado). En otras palabras al acusar el fiscal debe fundamentar en forma precisa las razones por las cuales en su opinión en el caso se justifica la apertura a juicio, según los elementos de prueba que se esperan reproducir en la audiencia oral.

Como una fórmula para respetar el principio de correlación entre acusación y sentencia, y con el propósito de que durante el juicio el Ministerio Público no sorprenda a la defensa argumentando, a falta de algunas pruebas, que el hecho puede calificarse jurídicamente de otra manera, se establece la posibilidad de la acusación alternativa o subsidiaria, según la cual el fiscal o el querellante, pueden señalar en su respectiva acusación, en forma alternativa o subsidiaria, las circunstancias del hecho que permitirían calificar el comportamiento del imputado como una infracción diferente de la señalada en forma inicial (artículo 295 CPP).

De acuerdo con esta posibilidad el fiscal o el querellante pueden acusar un hecho principal, calificarlo jurídicamente y justificarlo en determinados elementos de prueba que espera se reciban en la audiencia oral; sin embargo puede ser predecible, ante la insuficiencia de alguno de los elementos probatorios, que no se acrediten ciertas circunstancias, en cuyo caso puede formularse, de una vez, una segunda hipótesis fáctica y jurídica, que también debe estar debidamente fundamentada como la acusación principal. Lo mismo sucede cuando sea previsible que puedan surgir nuevos elementos probatorios que no se tienen a ese momento, que permitan variar la calificación jurídica a un hecho de mayor gravedad. Tales posibilidades ocurren, por ejemplo, cuando se acusa a una persona de haber realizado un robo en una casa de habitación, pero finalmente sólo se acredita que recibió los bienes sustraídos. En tal caso el Ministerio Público puede argumentar, como acusación principal, el robo, pero subsidiariamente el delito de receptación respectivo, siempre que haya bases para ello. Lo mismo puede decirse a la inversa.

También es factible que se amplíe la acusación o la querrela durante la fase de juicio, para lo cual el fiscal o el querellante pueden incluir un nuevo hecho o una nueva circunstancia que no fue mencionada originalmente, que modifica la calificación jurídica o integra un delito continuado, así como también deben indicar la nueva calificación jurídica. En tales casos la ampliación debe ser de nuevo intimada al imputado, con posibilidad de que se suspenda el juicio para preparar la defensa (artículo 322 CPP)⁵⁵.

Todas estas posibilidades deben distinguirse de la corrección de errores materiales contenidos en la acusación, los cuales pueden subsanarse durante el juicio e incluso pueden agregarse circunstancias que no modifiquen esencialmente la imputación ni provoquen indefensión (artículo 322 in fine CPP). El límite de estas correcciones o agregados lo constituye el derecho de defensa.

55 En argumento cfr. SANSO, Luigi. La correlazione tra imputazione contestata e sentenza. Giuffrè, Milano, 1953, pp. 367 y ss.; BRICHETTI, Giovanni. La modificazione dell'accusa nell'istruzione e nel giudizio penale. Jovene, Napoli, 1956, pp. 191 y ss. LEMMO, Elio. L'accusa suppletiva nel dibattimento penale. Giuffrè, Milano, 1972, pp. 31 ss.; y TORRES BAS, Eduardo. El procedimiento penal argentino. Córdoba: Lerner; 1987. Tomo II, pp. 396 y ss.

Si pudiera producir alguna afectación, el agregado debe necesariamente realizarse por medio del procedimiento de ampliación de la acusación o la querella.

Finalmente debe observarse que el mismo fiscal debe correr traslado de la acusación a la víctima, al querellante y al actor civil. Al primero, para que manifieste dentro tercero día si decide constituirse en querellante, caso en el cual deberá presentarla dentro de los diez días siguientes (artículo 296 CPP). Al segundo, suponemos que ello se hace -aunque no lo indica la norma- para que con vista de la acusación del fiscal amplíe o aclare la relación de hechos contenida en la querella, así como la fundamentación y ofrezca nueva prueba. Al tercero le corre traslado para que en el plazo de cinco días concrete sus pretensiones como actor civil, indique la clase y forma de reparación que demanda, liquide el monto de los daños y perjuicios que estime haber sufrido hasta ese momento, sin perjuicio de ampliar las partidas por las consecuencias futuras, y a la vez ofrezca la prueba para el juicio (artículo 297 CPP).

Finalmente, al igual que debe hacerlo si formula algún otro requerimiento conclusivo, con la acusación el fiscal debe remitir las actuaciones al juez, adjuntando las evidencias en su poder, siempre que éstas puedan ser incorporadas al juicio (artículo 293 in fine CPP).

La acusación y la querella constituyen el límite del objeto del juicio, pues la sentencia no puede sustentarse en hechos que no hayan sido previamente acusados, y debidamente informados, salvo cuando favorezcan al imputado, conforme lo consagran los artículos 19 y 336.

Como indicamos antes, a pesar de que no viene denominada de esa manera en forma expresa, estas actuaciones el proceso inicia otra fase, denominada intermedia, dedicada a controlar la procedencia de las solicitudes del Ministerio Público y de la víctima.

Unidad III

Los Procesos Alternativos

Autor:

Mario A. Houed V. ¹



Contenido

- Los Procesos o Procedimientos Alternativos • Principios de Oportunidad Reglado • Concepto de Justicia Restaurativa • Conversión de la Acción Pública en Privada • La Desjudicialización
- Conclusiones y Recomendaciones

¹ Participó en la investigación y revisión de este trabajo, el Lic. José Álvaro López Camacho, exasistente del Dr. Houed en las cátedras de Derecho Penal y Procesal Penal, y abogado de la firma Lara, López, Matamotoros, Rodríguez & Tinoco, Abogados, P.O. Box 12.600-1000, Calle 3, Avs. 6 & 8, # 652, San José, Costa Rica.

III.1 Introducción

Los análisis de situación de la justicia penal en la República Dominicana ponen en evidencia el alto porcentaje de casos que ingresan en la jurisdicción de instrucción y quedan atascados en ella, no teniendo más suerte futura que esperar el cumplimiento de los términos de prescripción. La incapacidad de hacer frente a toda esta litigiosidad se reproduce en fase de juicio, llegando el porcentaje de pronunciamientos que recogen la institución de la prescripción a un número alarmante.

Si bien una racionalización del proceso penal permitirá abordar con corrección un mayor número de procesos, es lo cierto que en todos aquellos cuyo abandono es fruto de las imposibilidades estructurales, no sólo se frustra la depuración de la responsabilidad criminal a la que el proceso está llamado, sino que no genera sino decepciones en una ciudadanía que ve fracasar el único modo de respuesta o reparación que se le brinda.

La reforma del proceso tenía que abordar ineludiblemente un sistema que permitiera el aprovechamiento adecuado de los recursos materiales y humanos disponibles, descargándose la carga procesal con relación a los llamados delitos de bagatela y reservándose los esfuerzos del sistema para aquellas formas de criminalidad de mayor intensidad o especialmente gravosas para la comunidad dominicana. Para ello se introduce un sistema de oportunidad de la persecución penal y se busca en otros casos soluciones negociadas en las que el esfuerzo procesal del estado sea menor. Todo este esfuerzo por descargar la carga de trabajo de forma ordenada, buscando en ella una satisfacción de los otros intereses en conflicto, puede perderse si el esfuerzo capacitador no alcanza a explicar las razones que inspiran el sistema y los recursos que ofrece para la consecución de sus objetivos.

III.2 Objetivo General

Desarrollar las habilidades básicas que se requieren para identificar y utilizar las salidas alternativas al proceso penal que se contemplan en la reforma, así como impulsar las destrezas conductuales y actitudinales requeridas para ello.

III.2.1 los procesos o procedimientos alternativos

Como nos recuerda ZAFFARONI *"los procesos penales se desarrollan en un mundo real, en el cual se violan derechos humanos todos los días"*², por otro lado, es evidente que el sistema penal ha demostrado su inoperancia como instrumento para resolver los conflictos sociales. Al respecto se ha llegado a decir que: *"Las leyes y las estructuras, formuladas teóricamente para proteger al ciudadano, se vuelven a menudo en su contra, lo estrujan, y terminan empujándolo hacia el abismo de la prisión y sus secuelas desgarrantes, creando y reforzando las desigualdades sociales. La casi imposibilidad de*

2 ZAFFARONI, Eugenio Raúl (coord.). El proceso penal. Sistema penal y derechos humanos. San José (Costa Rica): Editorial Porrúa, México, 2000, p. 18.

que una pena legítima salga del sistema penal, considerando su modo de operar, su abstracción, su lógica formal, tan ajena a los problemas de la vida cotidiana, son elementos que fortalecen la idea de buscar, fuera de él, soluciones viables, acordes con ZAFFARONI, Eugenio Raúl (coord.). *El proceso penal. Sistema penal y derechos humanos*. San José (Costa Rica): Editorial Porrúa, México, 2000, p. la realidad”.³ Sin embargo, como ha dicho EMILIANO BORJA “el Derecho penal, que duda cabe, es derecho. Y también participa en ese proceso de desarrollo del sistema de convivencia humana. La norma penal, como toda norma jurídica, coadyuva a la construcción de un mejor orden de coexistencia de los individuos en la sociedad, del estado de cosas que se ha definido como paz social. Y es que se ha dicho, y con razón, que toda norma jurídica vive con la pretensión de tener que regular la vida social mejor a través de su propia existencia que sin ésta”.⁴

En efecto, es necesario conciliar la cruda realidad que nos presenta la práctica tradicional del Derecho Penal, con la misión que la sociedad le ha encomendado, lo que obliga a concentrar el sistema de control penal sobre aquéllas conductas que afectan los bienes jurídicos más relevantes, y al operar sobre éstas, conservar su misión definitiva, que será alcanzar la paz social.

Y es que en la práctica, como todos sabemos, la respuesta del control social institucionalizado que se conoce como “sistema penal”, se aplica solamente a unos pocos de los muchos supuestos de inobservancia de los tipos penales. Cualquier investigación acerca de la llamada *cifra negra* de la criminalidad, permitirá comprobar este hecho.⁵ Hay selección de los casos que ingresan al sistema penal, y aún dentro de aquellos que ingresan, inevitablemente habrá selección al momento de ser tramitados. Por eso MAIER identifica al proceso penal como un típico proceso de selección.⁶ También es un hecho demostrado que el sistema penal no puede tramitar de modo efectivo la totalidad de las infracciones que, en principio, podrían ser calificadas como “delictivas”. Esta imposibilidad que la realidad contemporánea demuestra claramente, evidencia que, dadas las condiciones actuales, la pretensión de investigar, juzgar y castigar cada uno de los hechos delictivos que pudieran ser cometidos en el país, además de suponer un esfuerzo que el erario público no está en condiciones de afrontar, es una idea destinada al fracaso que no encuentra justificación en la práctica.⁷

3 SÁNCHEZ ROMERO, Cecilia; HOUED VEGA, Mario Alberto; CHIRINO SÁNCHEZ, Alfredo. “El Abolicionismo y el rol de las comunidades indígenas”. *Revista de Ciencias Penales, Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*, Noviembre, 1994, Año 6, N°9, p. 47.

4 BORJA JIMÉNEZ, Emiliano. “Derecho Penal y Paz social, ensayo sobre una aparente contradicción”. *Revista de Ciencias Penales, Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*, Noviembre, 1994, Año 6, N°9, p. 14.

5 Cfr. en este sentido la opinión de MAIER, Julio B.J., *Derecho procesal penal*, op. Cit., p. 832.

6 MAIER, Julio B.J., *Derecho procesal penal*, op. Cit., p. 832.

7 Al respecto comenta en Argentina el Dr. Héctor Mario MAGARIÑOS: “(...) es un dato indiscutido que sólo una escasa porción de los delitos cometidos son denunciados, que de los denunciados sólo algunos pocos son investigados de modo eficiente, y que, de los así investigados, sólo algunos llegan a sentencia (conf., entre muchos otros MAIER: op. Cit., pp. 832 y ss; del mismo autor; “Política criminal, derecho penal y derecho procesal penal”, en *Doctrina Penal*, 1978, pp. 301 y ss., en especial, pp. 321 y ss; COSACOV, Gustavo: El mito de la no impunidad, Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 1988, passim; KAISER, Günther: Introducción a la criminología, Dykinson, Madrid, 1988, pp. 142 y ss.; también, y en especial, el mensaje del Poder Ejecutivo al Congreso de la Nación, de fecha 12/8/1992, en ocasión de la elevación del proyecto de ley sobre suspensión del proceso a prueba y de la reforma al Código Penal en lo atinente al régimen de condena condicional, de libertad condicional y de suspensión y extinción de las acciones penales, publicado en la Cámara de Diputados de la Nación, “Trámite Parlamentario”, período 1992, del jueves 13 de agosto de 1992, pp. 3327 y ss., en que se expone y comenta una profunda investigación realizada por la Dirección Nacional de Política Criminal” (Véase STIPPEL, Jörg y MARCHISIO, Adrián (coord). *Principio de Oportunidad y Salidas Alternativas al Juicio Oral en América Latina*, 1° ed., Ad Hoc, Buenos Aires, Argentina, 2002, p. 144). Sobre este punto comentó el Dr. Daniel González Álvarez cuando fue llamado a comparecer ante la Comisión que estudiaba el proyecto de la Ley que reformó por última vez el instituto de la “suspensión del proceso a prueba” en Costa Rica (Ley N°8146 de 30 de octubre de 2001): “El proyecto de reforma penal, si bien es cierto y también el tema de las alternativas descansan en una idea básica que deja de lado un criterio digamos “cantiano” [sic], “gegulliano”, que todos nosotros estamos muy

Los aportes de la criminología moderna han puesto en crisis el fundamento y la utilidad práctica de algunas de las instituciones penales más tradicionales, entre ellas la pena privativa de libertad, destacando la necesidad de transformar la respuesta penal para orientarla a la restauración de la armonía social alterada por el delito. EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, uno de los juristas que más tiempo ha dedicado al estudio del tema, finalmente ha llegado a la conclusión de que “no hay ninguna verificación del efecto preventivo general de la pena, ni positivo ni negativo”⁸. Menos aún se podría pensar en efectos preventivos especiales de la prisión, cuando está acreditado que en la mayoría de los países del mundo constituye un factor de gran poder criminógeno, o, en palabras de los propios privados de libertad un “*sub mundo antisocial*”⁹, una “Universidad del Crimen”¹⁰. Ante esta realidad, lo más razonable es optar por el principio de reacción penal mínima y tratar de impulsar mecanismos que limiten la violencia generada por el propio sistema penal. De ahí, entonces, que la reforma del Código Procesal Penal sienta la necesidad de establecer una gama de soluciones diferenciadas, antes de ser criticadas deben ser bienvenidas y analizadas con detalle, para evitar que en la práctica se desvíen de sus objetivos, y se constituyan en mecanismos de

imbuidos de creer, que frente a todo hecho delictivo necesariamente tiene que haber una consecuencia de proceso de juicio, de sentencia y de condena.[...]Esa duda que frente a todo hecho delictivo tiene necesariamente que darse ese esquema, es una idea que la misma práctica se encarga de desnaturalizar, porque hay un proceso selectivo y todos lo sabemos. El sistema penal no funciona igual frente a todas las personas, ni frente a todos los delitos, ni en todos los casos y hay selección bien intencionada hasta la propia víctima selecciona. En muchos casos en que la víctima ni siquiera recurre a una denuncia judicial de delitos que podría denunciar y no hablo sólo de delitos de carácter sexual sino de todo tipo; me robaron el radio del carro y no puse la denuncia, se le robaron a mi hijo la bicicleta y no puse la denuncia, uno selecciona. Resulta, que desde la policía también selecciona, los tribunales tienen diferente [sic] mecanismos de selección, o sea, hay una selección del proceso penal.[...] Esta realidad hace [sic] de reconocer primero la necesidad de que algunas[sic] casos deban necesariamente tener un final diferente, segundo un problema de racionalidad, ya que no es posible conocer en el sistema judicial de todos los asuntos que se nos someten a conocimiento. Eso es como pretender que frente a todo hecho selectivo [sic] necesariamente debe de existir un proceso y ese proceso debe culminar con un juicio, ese juicio con una sentencia y esa sentencia es condenatoria sería como afirmar que frente a toda enfermedad debemos pasar frente a una unidad de cuidados intensivos más o menos, equivale a esa afirmación, lo que es irracional. Es decir, sería desproporcionado no tenemos recursos, bueno igual, el costo, lo que le cuesta al ciudadano el proceso penal es altísimo, no guarda ni siquiera proporcionalidad con los costos económicos del hecho delictivo, son totalmente desproporcionados tienen un costo altísimo. En consecuencia es necesario utilizarlo con cierta racionalidad. De manera que, un flujo de casos tengan una solución diferenciada. De ahí, entonces, sienta el proyecto del código penal, en el sentido de establecer penas alternativas y soluciones diferenciadas.[...]En realidad es impropio, debo decirles y reconocerles, que es impropio que un Código Procesal se haya preocupado de establecer mecanismos alternos. En realidad estos son mecanismos de derecho penal sustantivos, son propios del derecho de un Código Penal y no de un Código Procesal, establecer conciliación, reparación integral del daño, la suspensión del proceso a prueba implica casi clasificar una política criminal, o sea, regular la política criminal del Estado y de eso se debe encargar un Código Penal y no un Código Procesal Penal”. (Cfr. actas de la sesión ordinaria de la comisión de asuntos jurídicos de la Asamblea Legislativa En: Expediente Legislativo No. 13891, Tomo I, folios 154-155). Sobre el punto también véase BOVINO, Alberto. La suspensión del procedimiento penal a prueba en el Código Penal Argentino, Editores del Puerto s.r.l., Buenos Aires, 2001, pp. 17-23.

- 8 Véase entre muchas otras obras del autor: ZAFFARONI, Eugenio R., “¿Vale la pena?”. *Un debate sobre la pena*, Editorial Jurídica Continental; Buenos Aires, Argentina, INECIP, 2000, p. 28, donde el prof. Zaffaroni defiende la postura que expresa en su libro “*En busca de las penas perdidas*” frente a la crítica del prof. Carlos Santiago Nino.
- 9 Decía R.B. prisionero de “La Reforma” una de las cárceles de Costa Rica: “Llevé mi vida bajo los términos de la normalidad hasta que cegado por la ira... me convertí en un agresor doméstico, y por muy poco, en victimario de mi propia compañera, por lo que fui expulsado de la sociedad. Ahora podría decirse que vivo en el exilio, en un mundo que podría llamarse con toda veracidad: “*sub mundo antisocial*”. Totalmente antagónico al mundo social, pero quizá debe ser mejor así, pues es la oportunidad de experimentar en carne propia la otra cara de la moneda, el otro extremo de lo manejable, de lo aceptable. Podría ser que el que sobreviva ante tal prueba, el que aprenda a manejar lo inmanejable y a aceptar lo inaceptable, podría tener ventaja cuando le corresponda volver”. O.S. también preso en “La Reforma” decía: “Un día en prisión es más que suficiente par vivir en el infierno sin haber estado allá. Los que estamos a cartón lleno, 50, 40, 30 años, que son miles y miles de días, mirando muros y barrotes las 24 horas, con el olvido del ser querido y los hijos botados, que difícil es encontrar una rendija de esperanza, de aliento de oportunidad, en este hueco. No se le habrá ido la mano a los sádicos de la justicia, porque a la mitad de la sentencia ya estamos recalcinados, fundidos, evaporizados. Pero la idea no era devolvernos como personas útiles a la sociedad? Rehabilitación, o es que esto es un mito, digo un timo para adormecer la conciencia colectiva e ignorar que lo único que se busca con la cárcel es el encierro, aislarnos y transformarnos en desecho o en abono orgánico. Levantemos la copa y gritemos una hurra a la democracia que de manera disimulada –al sombrero- nos elige la forma de morir, y al final de cuentas siempre quedamos con deuda. Vaya suerte la de los presos!”. Copia textual de las entrevistas a los privados de libertad. En: MURILLO RODRÍGUEZ, Roy. *Ejecución de la Pena*, 1° edición, CONAMAJ, 2002, pp. 233-235.
- 10 Palabras de H.F. en La Reforma, copia textual de las entrevistas a los privados de libertad. En: MURILLO RODRÍGUEZ, Roy. *Ejecución de la Pena*, 1° edición, CONAMAJ, 2002, p. 236.

extensión de las redes de control social ya existentes, más que verdaderas salidas alternativas. Por sí solas, estas medidas constituyen solamente el comienzo del movimiento para realizar el necesario "Derecho Penal mínimo", y con posterioridad han de ser ineludiblemente complementadas con la decriminalización¹¹ y la tipificación de múltiples penas alternativas¹².

III.2.2. Principio de oportunidad reglado

"...la insensata idea de que el derecho punitivo debe extirpar de la tierra todos los delitos, lleva a la ciencia penal a la idolatría del terror; y al pueblo a la fe en el verdugo..." (CARRARA)¹³

Es por todos conocido que uno de los problemas más acuciantes del sistema de justicia penal en la actualidad es la imposibilidad práctica de investigar y castigar todos los ilícitos que se cometen. Esto se traduce en un entramamiento del sistema de justicia, que favorece la impunidad de la criminalidad menos tradicional, en cuenta los llamados delitos de "cuello blanco". Como apunta MARCHISIO: "...en vez de afectar los recursos a la investigación y juzgamiento de los delitos más graves o de mayor interés social como es la delincuencia organizada, el sistema judicial destina la mayor parte de sus recursos al tratamiento de los delitos menores o "bagatelarios" como se los suele llamar en España"¹⁴ Ante esta realidad, se impone la necesidad de acelerar la administración de justicia penal, hacerla más eficiente y sencilla¹⁵.

Por un lado, el Art. 30 del Código Procesal Penal¹⁶ establece el denominado principio de "obligatoriedad de la acción pública": "El ministerio público debe perseguir de oficio todos los hechos punibles de que tenga conocimiento, siempre que existan suficientes elementos fácticos para verificar su concurrencia. La acción pública no se puede suspender, interrumpir ni hacer cesar, sino en los casos y según lo establecido en este código y las leyes"¹⁷. Sin embargo, lo dispuesto en el artículo 30

11 Como apunta LLOBET: "...la única solución perfectamente compatible con los principios de un Estado de Derecho, para hacer realidad el principio de intervención mínima, es la decriminalización (Sobre todo ello: Llobet. Principio de insignificancia..., pp. 107-128)." LLOBET RODRÍGUEZ, Javier. *Proceso Penal Comentado*, op. Cit., p. 82.

12 Sobre la necesidad de penas alternativas complementarias, véase HOUED VEGA, Mario Alberto, "Modificaciones al sistema punitivo costarricense: un nuevo modelo procesal penal y la aplicación de penas alternativas". En: SÁNCHEZ ROMERO, Cecilia (comp.) *Sistemas penales y Derechos Humanos*, CONAMAJ, San José, Costa Rica, 1997, pp. 111-118; ISSA EL KHOURY JACOB, Henry. "Las penas alternativas". En: SÁNCHEZ ROMERO, Cecilia (comp.) *Sistemas penales y Derechos Humanos*, CONAMAJ, San José, Costa Rica, 1997, pp. 119-125 e ISSA EL KHOURY JACOB, Henry. "Solución alternativa del conflictos penales. Una propuesta de marco teórico." *Revista de Ciencias Penales, Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*, Noviembre, 1994, Año 6, N°9, p. 71. En la primera de esas obras se indica "Cabe advertir que de nada serviría contar con un proceso ágil y eficiente, si no se tiene la posibilidad de un adecuado catálogo de penas o sanciones, diferentes de la prisión, que permita el necesario desahogo del sistema punitivo. Es decir, si sólo pretendemos acelerar los procesos penales pero no buscamos soluciones sancionadoras distintas del tradicional encarcelamiento, más bien atiborriaríamos con mayor rapidez las instituciones penitenciarias. De ahí que se haga indispensable, frente a un proceso penal ágil y moderno, un código penal diferente en el contenido de sus sanciones." (HOUED VEGA, Mario Alberto. "Modificaciones al sistema punitivo costarricense: un nuevo modelo procesal penal y la aplicación de penas alternativas, op. Cit. p. 115)

13 CARRARA citado por MARCHISIO, Adrián (coord.). *Principio de Oportunidad y Salidas Alternativas al Juicio Oral en América Latina*, op. Cit., p. 26.

14 MARCHISIO, Adrián (coord.), *Principio de Oportunidad y Salidas Alternativas al Juicio Oral en América Latina*, op. Cit., p. 27.

15 Cabe recordar en este punto las palabras de ALBERTO BINDER en sus diez principios para la reforma de la justicia penal: "simplificar el proceso implica establecer claramente la primacía de lo sustancial sobre lo formal y lo sustancial es el conflicto humano que subyace al proceso". Citado por MARCHISIO, Adrián (coord.). *Principio de Oportunidad y Salidas Alternativas al Juicio Oral en América Latina*, op. Cit., p. 25.

16 Salvo que se haga una referencia expresa en contrario, todos los artículos que se citan corresponden al texto del nuevo Código Procesal Penal de la República Dominicana.

17 Este principio, que establece el deber que tiene el Ministerio Público de perseguir y promover la investigación, se conoce en otros ámbitos como "legalidad procesal". La denominación que le brinda el código es más acertada, porque, cuando la ley le permite al Ministerio Público prescindir de la acción penal, también está actuando en el ejercicio de una facultad legal

debe ser complementado por el principio de “oportunidad” (art. 34) que regula los casos en que “el ministerio público puede, mediante dictamen motivado, prescindir de la acción pública de uno o varios de los hechos atribuidos, respecto de uno o de algunos de los imputados, o limitarse a una o algunas de las calificaciones jurídicas posibles...” En efecto, el principio de obligatoriedad no opera en sentido pleno, sino que el Código ha optado por el sistema de “oportunidad reglada”, por lo que queda a facultad del Ministerio Público iniciar averiguaciones, presentar acusación o señalar a los involucrados eventuales la posibilidad de ejercitar la acción penal privada (como excepción al principio de “oficialidad” de la acción penal), en los casos allí contemplados. Ha dicho MARCHISIO: “...no se trata de institutos opuestos e incompatibles, sino que la elección de un sistema de persecución penal que posea manifestaciones de oportunidad representa una elección político-criminal de abordar el tema penal desde una perspectiva integral y realista, en definitiva desde una perspectiva distinta [...]Esta elección puede resultar mejor o peor que otra, pero de todas formas representa un sinceramiento de la política estatal de persecución penal frente a los desafíos de la época y la crisis del sistema.”¹⁸

III.2.2.1 Denominación

Con respecto al principio de oportunidad, apunta MAIER: “La aplicación del principio de oportunidad torna más sencillas las cosas, menos arduas las soluciones dogmáticas y más real la solución: se trata de casos en los cuales, por las razones ya advertidas, se autoriza a los órganos de persecución penal, con o sin aquiescencia del tribunal competente, según los sistemas, a prescindir de la persecución penal o a concluir la ya iniciada.”¹⁹ ROXIN establece al respecto que la antítesis teórica del principio de obligatoriedad (o de “legalidad”, como se le conoce en otros sistemas), es este principio “que autoriza a la fiscalía a decidir entre la formulación de la acusación y el sobreseimiento del procedimiento, aun cuando las investigaciones conducen con probabilidad rayana en la certeza, al resultado de que el imputado ha cometido un hecho punible.”²⁰ Por su parte, GONZÁLEZ ÁLVAREZ define el principio en cuestión como aquél que “trata de establecer reglas claras para prescindir de la acusación penal, frente a casos en los cuales ordinariamente debía acusarse por un aparente hecho delictivo. Este sistema ha sido tradicionalmente seguido como regla en los países de tradición jurídica anglo-americana, pero también es adoptado, al menos como excepción al principio de obligatoriedad, en algunos países europeos, encabezados por Alemania. [...]El criterio de oportunidad puede y debe ligarse a una concepción utilitaria y realista sobre la legitimación y el fundamento, el fin y el límite de la aplicación de las penas. Constituye un intento de conducir la selección en forma racional, con criterios de política criminal más que arbitrarios, y sobre todo con la posibilidad de ejercer un control y exigir responsabilidad en quienes lo aplican.”²¹

expresa. Es claro que el C.P.P. no ha asumido ideas abolicionistas, porque no ha pretendido abolir el sistema penal, sino que, dentro de la corriente que impulsa la reparación como una “tercera vía” del sistema penal y del “derecho penal mínimo”, ha optado por el principio de oportunidad reglado al permitirle al Ministerio Público hacer cesar la investigación en supuestos taxativos. (Al respecto véase las opiniones de TIJERINO PACHECO, José María. “El principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal”, En: GONZÁLEZ ALVAREZ, Daniel (comp.). Reflexiones sobre el nuevo Proceso Penal. 2da. Ed., San José (Costa Rica): Fondo editorial del Colegio de Abogados y la Asociación de Ciencias Penales, 1997, p.88; también GONZÁLEZ ÁLVAREZ, Daniel. Revista de Ciencias Penales, Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, julio, 1993, Año 5, N°7, p. 47. SCHÖNBOHM, Horst y LÖSING, Norbert, Sistema Acusatorio, Proceso Penal, Juicio oral en América Latina y Alemania, Fundación Konrad Adenauer, Caracas, 1995, p. 50. Con respecto al tema también véase RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás. “Oportunidad y Consenso”. En: La Justicia Penal negociada. Experiencias en derecho comparado. Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 1997, pp. 211 y ss.)

- 18 MARCHISIO, Adrián (coord.), Principio de Oportunidad y Salidas Alternativas al Juicio Oral en América Latina, op. Cit., p. 551.
 19 MAIER, Julio B.J., Derecho procesal penal, op. Cit., p. 158.
 20 ROXIN, Claus. Derecho procesal penal, traducción de la 25ª edición alemana de Gabriela E. Córdoba y Daniel R. Pastor, revisada por Julio B.J. Maier, Editores del Puerto s.r.l., Buenos Aires, 2000, p. 89.
 21 GONZÁLEZ ÁLVAREZ, Daniel. “El principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal”. Revista de Ciencias Penales,

El principio de oportunidad no resulta compatible con teorías retributivas de la pena, como ha destacado la doctrina, *“la aplicación del principio de oportunidad –es claro– se puede ligar, con facilidad, a teorías utilitarias sobre la legitimación o el fundamento, el fin y los límites de la pena estatal. Me refiero, por ejemplo, a la prevención general positiva, que procura legitimar la pena a través de la necesidad de recordar los valores (bienes jurídicos) convencionalmente admitidos como base de la integración social, confirmando la vigencia de las normas que los establecen, fin que se alcanza por imposición de la consecuencia jurídica tan sólo a algunos hechos disvaliosos, sin necesidad de pretender que todos ellos sean alcanzados por la pena”*²² En este mismo sentido se ha mencionado: *“En efecto, el principio deriva de teorías absolutistas de la pena, en las ideas de Kant y Hegel, en cuanto en forma imperativa y categórica todo hecho en apariencia delictivo debía traducirse, necesaria y obligatoriamente, en una acusación y en un proceso penal, lo que hoy no sólo es absurdo sino imposible [...] En primer término ningún sistema penal está capacitada para responder a todos los hechos delictivos que ocurren en su comunidad, ni la policía sería suficiente, ni los tribunales serían suficientes, ni la cárceles serían suficientes. Existe un margen muy amplio de hechos delictivos a los cuales el sistema no da ninguna respuesta. No sólo me refiero a las cifras negras de la criminalidad, es decir a aquella que nunca se denuncia, sino además a la que habiéndose denunciado el mismo sistema es incapaz de descubrir y tratar”*²³

III.2.2.2 Fundamentos

El sistema penal –en su sentido amplio– es por naturaleza selectivo, selecciona la víctima al no denunciar ciertos hechos, selecciona la policía cuando no investiga los casos que a su criterio no tienen posibilidades, selecciona el Ministerio Público cuando no da seguimiento a las denuncias, y finalmente, selecciona los tribunales cuando consideran que no hay motivo suficiente para condenar. Como nos recuerda GONZÁLEZ ÁLVAREZ: *“Este proceso selectivo escapa a los controles jurídicos y políticos necesarios. Carece de transparencia porque generalmente no se admite, se oculta y algunos casos se ignora. De ahí entonces, que sea indispensable reglar ese terreno, comenzando por reconocer la verdad: que hay proceso de selección, pero manteniendo como regla la obligatoriedad,*

Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, julio, 1993, Año 5, N°7, p. 67. En el mismo sentido la definición de VARGAS ZUMBADO, Freddy Gerardo. “El principio de oportunidad”. En: SOJO PICADO, Guillermo (et. al.). Ministerio Público y reforma procesal penal, I ed., San José, Costa Rica. Colegio de Abogados de Costa Rica, 1997, p. 153. TIJERINO lo define diciendo que “es aquel por el cual se concede al Misterio Público la facultad de perseguir o no hechos que se encuentren en determinadas situaciones expresamente previstas por la Ley, que afectan al hecho mismo, a las personas a las que se les pueda imputar o a la relación de éstas con otras personas o hechos.” (TIJERINO PACHECO, José María. “El principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal”, op. Cit., p. 91). MAIER apunta que el principio de oportunidad significa: “la posibilidad de que los órganos públicos, a quienes se les encomienda la persecución penal, prescindan de ella, en presencia de la noticia de un hecho punible o, inclusive, frente a la prueba más o menos completa de su perpetración, formal o informalmente, temporal o definitivamente, condicionada o incondicionadamente, por motivos de utilidad social o razones político-criminales” MAIER (Julio B.J.), Derecho procesal penal, op. Cit., p. 836.

22 MAIER, Julio B.J., Derecho procesal penal, op. Cit., p. 835.

23 GONZÁLEZ ÁLVAREZ, Daniel. “El principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal”. Revista de Ciencias Penales, Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, julio, 1993, Año 5, N°7, p. 66. En el mismo sentido ROXIN apunta que el principio de legalidad “responde a la idea de la retribución, entonces completamente dominante, según la cual el Estado, para la realización de la justicia absoluta, tiene que castigar sin excepción toda violación de la ley penal. Con la sustitución de esta teoría absoluta de la pena por justificaciones preventivo-generales y especiales que vinculan el castigo a su necesidad social y a su conveniencia, el principio de legalidad ha perdido, en parte, su base teórica primitiva” (ROXIN, Claus. Derecho procesal penal, op. cit., p. 89). En contra de las teorías absolutas – o de retribución –, que posicionan a la justicia o la necesidad moral como fundamento de la pena, se ha argumentado que: a) carecen de un fundamento empírico y b) la supresión del mal causado por el delito es ficticio, ya que, al fin y al cabo al mal causado por el delito se suma el mal de la pena. A su favor se ha dicho que introducen un criterio de “proporcionalidad” con respecto al mal causado como limitador de la gravedad de la pena aplicable. (Cfr. al respecto BACIGALUPO, Enrique. Derecho Penal, Parte General, 2da. edición, Editorial Hammurabi SRL, Buenos Aires, Argentina, 1999, p. 32.)

para luego por la vía de excepción, reglar los casos en los cuales se pueda dejar de acusar”²⁴. Esta es la inquietud básica a la que responden los artículos 34 al 36 del C.P.P.Y bien apunta MAIER que: “puede ser una herramienta eficiente del principio de igualdad, al corregir el efecto selectivo clasista de un sistema formal que, adherido al principio de legalidad, ignora por completo su propia selectividad real.”²⁵ Igualmente se ha afirmado con acierto que: “...el crecimiento desmesurado del Derecho Penal, que pretende solucionar mediante pena todo problema social (con desconocimiento de su función de ultima ratio, que impone recurrir a él sólo cuando fracasan todos los demás medios de control social), y la complejidad técnica de sus soluciones normativas producen un efecto directo sobre la efectividad de la persecución penal, pues sobrecargar los órganos judiciales de tal manera que reducen la posibilidad de ocuparse como corresponde los casos serios y graves, y disminuyen la seguridad sobre un fallo correcto y oportuno”²⁶.

Es el mismo MAIER, quien admite haber sido en algún momento férreo defensor de la legalidad más estricta, el que apunta que “estudios empíricos han demostrado que, aun afirmada la legalidad sin excepciones, resulta imposible perseguir todos los delitos que se cometen en el seno de una sociedad, resultado que obedece, por una parte, a defectos de información y, por la otra, a decisiones políticas más o menos generales de los órganos de persecución penal.”²⁷ Frente a este hecho, y a la necesidad de no sobrecargar el sistema con casos que razonablemente son evitables, es racional institucionalizar y delimitar los criterios con los cuales se pueda declinar la persecución penal y concentrar la aplicación de esos criterios en funcionarios responsables.

La reforma se orienta entonces a introducir la oportunidad como una excepción al principio de obligatoriedad de la acción pública, que permite prescindir en casos especiales de la persecución penal. Por eso se trata de un principio de oportunidad “reglado” y no de una discrecionalidad “absoluta”. Como ventajas de la vigencia de este principio podemos señalar: a) se favorece la *transparencia* del sistema, al evidenciar los criterios de selección que antes quedaban ocultos, b) permite sentar *responsabilidades* a los funcionarios encargados de vigilar la acción penal, c) al existir criterios taxativos, es posible orientar la selectividad hacia fines útiles para el Estado de Derecho, d) se produce la *decriminalización* procesal de hechos que en la práctica pueden ser asumidos por otras formas de reacción con mejores resultados y, e) permite el descongestionamiento del sistema de justicia penal, lo que a su vez provoca mayor eficiencia en el tratamiento de los asuntos más graves que sí le son sometidos.

Por último, cabe preguntarse si corresponde vincular el principio de oportunidad a la reparación económica de la víctima. Ante esta misma interrogante ha especificado la doctrina: “...podemos decir que el fundamento para la aplicación de criterios de oportunidad consiste en la carencia de interés estatal en la persecución de determinados hechos que no poseen trascendencia alguna (delitos de bagatela), a efectos de orientar los limitados recursos estatales a la persecución de aquellos que más dañosidad social provocan. Una decisión político-criminal como la señalada parece no tener vincularse con la reparación de la víctima de ese delito que el propio Estado considera insignificante.”²⁸ Sin embargo, el código prevé expresamente que “en los casos en que se verifique un daño, el ministerio público debe velar porque sea razonablemente reparado”, lo que constituye un requisito adicional que impone la normativa.

24 GONZÁLEZ ÁLVAREZ, Daniel. “El principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal”. Revista de Ciencias Penales, Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, julio, 1993, Año 5, N°7, p. 66.

25 MAIER (Julio B.J.), Derecho procesal penal, op. Cit., p. 841

26 MAIER (Julio B.J.), Derecho procesal penal, op. Cit., pp. 154-155.

27 MAIER, Julio B.J., Derecho procesal penal, op. Cit., p. 835.

28 MARCHISIO, Adrián (coord.), Principio de Oportunidad y Salidas Alternativas al Juicio Oral en América Latina, op. Cit., p. 533.

III.2.2.3 Críticas

En contra del principio de oportunidad se ha argumentado la vigencia del principio de igualdad, pues debe ser la ley (el legislador) y no la decisión particular de los órganos estatales (funcionarios) quienes determinen cuándo una persona deba ser sometida a pena o no. Ante esta crítica argumenta MAIER: *“aunque tal razonamiento deba ser tenido en cuenta para no crear fueros personales o provocar desigualdades raciales, religiosas, sociales o económicas, cabe advertir que estos principios funcionan, básicamente, como garantía frente al poder penal del Estado, esto es, como seguridades para el habitante de no ser afectado en sus libertades por ese poder, y aquello que se pretende con la aplicación del principio inverso, el de oportunidad, no es, precisamente, someter a un habitante al poder del Estado, sino, por el contrario, liberarlo de él y de ese riesgo, al evitar su persecución. No obstante, el fundamento aquí citado, aunque no logre cabalmente legitimar la persecución penal obligatoria del Estado, ha cumplido el papel de colocar el principio de legalidad en el lugar de una máxima fundamental del sistema, de modo que el de oportunidad funcione”*²⁹. En todo caso, la crítica apuntada por MAIER se supera en gran parte con la introducción de un principio de oportunidad “reglado”. De modo que los casos en que es posible prescindir de la persecución penal sean definidos por la ley, sin crear prerrogativas especiales para ciertos ciudadanos. TIJERINO apunta otra crítica: *“El ataque de mayor envergadura contra el principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal proviene de quienes ven en él una manifestación de autoritarismo procedente del Poder Ejecutivo, lesiva del principio de división de poderes, y, en consecuencia, claramente antidemocrática [...] No obstante, bastará con dotar al Ministerio Público de la necesaria independencia (de cualquier centro de poder y no sólo del Poder Ejecutivo) para que desaparezca el fundamento de la objeción”*³⁰

III.2.2.4 Ámbito de aplicación

El artículo 34 permite, previo dictamen motivado³¹, prescindir de la acción penal pública, de manera total o parcial. Esto es, el código presenta cuatro opciones:

- a. Prescindir de uno o varios de los **hechos** atribuidos: Piénsese en el caso de un **concurso material**, en que sería posible prescindir de la acción penal respecto a uno de los hechos y continuar con los restantes.
- b. Prescindir de uno o alguno de los **imputados**: esta opción le permite al Ministerio Público descartar a un determinado imputado y perseguir a los otros. En derecho

²⁹ MAIER (Julio B.), Derecho procesal penal, op. Cit., p. 831.

³⁰ TIJERINO PACHECO, José María. “El principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal”, op.Cit., pp. 92-93. Un tratamiento más detallado de éstas y otras críticas véase GATGENS GÓMEZ, Erick y RODRÍGUEZ CAMPOS, Alexander: Principio de oportunidad, conveniencia procesal de la persecución penal, 1º edición, Editorial Juritexto, San José, C.R. 2000, pp. 307 y ss.

³¹ En resumen, el deber de motivar implica que la solicitud ha de ser congruente, expresa, clara, completa, concordante, no contradictoria y lógica. Para ser “completa” debe referirse a todos los extremos que fundamentan prescindir de la acción pública, estableciendo por qué de acuerdo a la normativa y el caso concreto resultan aplicables. Como ha dicho TIJERINO: “Un principio procesal llevado a sus últimos extremos puede resultar más perjudicial que beneficioso” (TIJERINO PACHECO, José María. “El principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal”, op. Cit., p. 91). En efecto, un uso indiscriminado de este tipo de medidas puede llevar a que se provoquen en el ciudadano sentimientos de injusticia y desigualdad, y la sociedad entera puede perder su confianza en la administración de justicia, con lo que el problema sería aún mayor del que se pretende evitar. De ahí la necesidad de fundamentar la aplicación del criterio, no bastará hacer referencia a criterios generales, frases rutinarias o conceptos doctrinarios, sino a la realidad del caso en cuestión. Esta motivación ha de ser llevada tan lejos cuanto fuere posible, para mejorar así la comunicación con los diferentes sujetos que intervienen en el proceso penal. Además, esta motivación es necesaria, pues al no conocerse completamente las razones del acto, su impugnación por parte de la víctima y el imputado se dificulta notablemente o se imposibilita y con ello se afectan derechos que consagra en el artículo 35 del Código.

comparado este supuesto adquiere relevancia en los casos del llamado “testigo de la corona”³², no obstante, el C.P.P. no tiene previsto ese caso como supuesto de aplicación de un criterio de oportunidad, por lo que su ámbito se ve drásticamente reducido.

- c. imitarse a una o alguna de las **calificaciones jurídicas** posibles: no se trata propiamente de prescindir de determinados hechos (supuesto analizado en supra “a”) sino de una determinada calificación jurídica. En otras palabras, se trata de una reducción “cualitativa” y no “cuantitativa” de los cargos³³. Es necesario destacar que en este caso, la calificación sustitutiva del delito original no se limita a una variedad atenuada del tipo, sino a cualquier otra calificación que pudiera considerarse incluida en la imputación fáctica original.
- d. **Combinar** en un mismo caso algunas de las opciones antes dichas: aunque el código no lo diga expresamente, cabe la posibilidad de que en un solo caso el Ministerio Público determine conveniente combinar las posibilidades que le brinda el artículo 34. Así, sería posible en el caso de un concurso material de delitos, en que participen varios imputados, prescindir de la acción penal con respecto a uno de ellos, y continuar la persecución de los demás con respecto solamente a determinados hechos, y, con respecto a los hechos investigados limitarse únicamente a una o algunas de las calificaciones jurídicas posibles. Claro está, siempre que nos encontremos ante alguna de las causales que establece el código para su procedencia.

Por otro lado, el C.P.P. (artículo 34) distingue tres **grupos de casos** en que procede la aplicación del criterio de oportunidad:

- a. Cuando el hecho es **insignificante** y no existe interés en la persecución penal: Se trata de delitos menores en los que no existe un interés público en su persecución penal y que, irónicamente, abarrotan los tribunales penales. Son los llamados delitos de “bagatela”, en que de la especie fáctica se desprenda que el ataque al bien jurídico que la norma tutela es exigua o de mínima importancia³⁴. Ciertamente, como apunta

32 Aunque el C.P.P. no optó por incluir la figura como causal para aplicar el criterio de oportunidad, en derecho comparado hay muchas legislaciones que sí lo contemplan. El “testigo de la corona” o “arrepentido” es el imputado que colabora con las autoridades represivas para lograr aclarar el hecho, o bien, evitar la continuación del delito o la perpetración de otros. Generalmente, a este tipo de imputados se les brinda un tratamiento benévolo y hasta se ha llegado a prescindir totalmente de la acción penal en su contra en asuntos de criminalidad organizada o violenta, delitos graves o de compleja investigación. La admisión de esta causal ha generado en doctrina diversas oposiciones, que le han señalado el quiebre de principios fundamentales del Estado de Derecho, en cuenta el principio de igualdad de trato. También se ha destacado la poca confiabilidad que tienen las declaraciones dadas por el “testigo” involucrando a otros sujetos (Cfr. al respecto LLOBET RODRÍGUEZ, Javier: Proceso Penal Comentado, op. Cit., pp. 90-91, y ROXIN, Claus. Derecho procesal penal, op. cit., p. 93 con múltiples citas de doctrina).

33 En el derecho norteamericano existe una modalidad del *plea bargaining*, conocida como *charge bargaining*, *charge concesión* o *charge reduction*, en que el imputado admite su culpabilidad a cambio de una reducción en la calificación jurídica de la acusación. (Al respecto véase: DIEGO DÍEZ, Luis Alfredo de. Justicia criminal consensuada: (algunos modelos del derecho comparado en los EE.UU., Italia y Portugal). Valencia: Tirant lo Blanch; Universidad de Cádiz; Servicio de Publicaciones, 1999, pp. 42-45. Sin embargo, la figura del código no presupone una negociación con el imputado, sino razones de conveniencia para el órgano persecutor que lo impulsan a limitarse a una calificación determinada.

34 Ha dicho MAIER con respecto al tema de la oportunidad: “Las normas por abstractas y dirigidas hacia comportamientos concretos futuros posibles, abarcan luego, al ser aplicadas, más comportamientos concretos que los que pudo prever el legislador y, peor aún, que aquéllos que quiso penalizar. Hay ciertas acciones ínfimas como realización de un tipo delictivo (por ej., los hurtos de cosas de ínfimo valor; incluso entre parientes no alcanzados por la excusa absolutoria, o el apoderamiento de cosas perdidas o cuya tenencia se obtuvo fortuitamente, pero de ínfimo valor); hay otras acciones que, pese a representar realizaciones de un tipo delictivo, se adecuan a ciertas valoraciones sociales impuestas, que no las reconocen como antijurídicas (por ej., la dádiva que a fin de año damos al cartero o al empleado estatal que recoge la basura de nuestro domicilio), y también existen las que, aun

LLOBET³⁵, la única medida perfectamente compatible con el principio de mínima intervención penal es la decriminalización de los supuestos de insignificancia. No obstante, ante el sistema vigente y tomando en cuenta que el legislador no definió los casos de insignificancia, sino que acudió a un método axiológico basado en el principio de lesividad, la tarea del intérprete ha de orientarse por el principio de proporcionalidad para analizar si se justifica el agotamiento normal del proceso.

Debe destacarse que no cabe confundir la insignificancia conforme al derecho penal sustantivo, con la insignificancia del hecho para los efectos de la aplicación de la oportunidad procesal. En síntesis, apunta con razón LLOBET: *"En realidad debe diferenciarse entre ambos criterios de insignificancia, puesto que la propia del Derecho Penal sustantivo lleva a la atipicidad del hecho por falta de tipicidad material [...] Por su parte la causal de oportunidad reglada, a diferencia de la insignificancia del Derecho Penal sustantivo, parte de que el hecho es típico"*³⁶. Si el Ministerio Público considera que el hecho es atípico por insignificancia conforme al Derecho Penal sustantivo, lo que procede es el archivo del caso (art. 281 C.P.P.); no la aplicación de un criterio de oportunidad.

El código prevé también (art. 34.1) la posible aplicación de un criterio de oportunidad cuando el hecho *"no comprometa gravemente el interés público"*³⁷. Cabe aclarar aquí que el Código Procesal Modelo para Iberoamérica, contempla en su art. 230.1, la no afectación del interés público como requisito concomitante para aplicar la causal. Sin embargo, al separarse en la referida norma procesal dominicana la primera parte (la no afectación significativa del bien jurídico) con la palabra "o" (ver de nuevo art. 34.1), parece darse a entender que se trata de una causal separada, en que se autoriza prescindir de la acción penal si el interés público en su persecución resulta irrelevante, aunque, desde el punto de vista de la lesividad el hecho pueda no ser insignificante.

Aunque el criterio de "insignificancia" ciertamente produce problemas en su aplicación práctica, el C.P.P. (34.1 ibid) brinda dos parámetros que sirven de orientación: 1) no procede si el máximo

reconocidas como delictivas, reciben un castigo natural por el cambio real que provocan en el mundo, cambio perjudicial para el mismo autor; que torna innecesaria toda pena, según valoraciones sociales (por ej., el que por su culpa provoca un accidente en el que fallece un familiar cercano o él mismo resulta seriamente lesionado). Éste es un efecto natural de las normas que prevén clases genéricas de comportamientos mediante escasos elementos muy determinados y finitos, pues se trata de conceptos abstractos, mientras que la realidad, el hecho, es infinito en sus notas definitorias. [...] Por esta razón, el Derecho penal moderno ha instituido ciertos casos en los que permite al juez prescindir de la pena cuando el hecho o la culpabilidad del infractor es leve o el resultado alcanza al autor de tal manera que torna excesiva la aplicación de una pena, y la teoría ha intentado excluir de la pena aquellos casos en que el hecho se adecua a las valoraciones sociales positivas, o por lo menos, que no son negativas. [...] Sin embargo, no se advierte la razón por lo cual, en estos casos, la decisión se deba tomar después de tramitado íntegramente un proceso de conocimiento. Y aquí es donde el Derecho procesal exige cierta simplificación y ofrece sus medios para tal fin. Mediante el principio de oportunidad (contrario al de legalidad, ver §8, C, 2 y 3), bien regulado y administrado, es posible impedir o evitar la persecución penal en los mismos casos, con ahorro de tiempo y esfuerzo, y, en ocasiones, con menos complejidad que la que supone la aplicación de la institución material." MAIER (Julio B.), Derecho procesal penal, op. Cit., pp. 156-157.

35 LLOBET RODRÍGUEZ (Javier), Proceso Penal Comentado, op. Cit., p. 82

36 LLOBET RODRÍGUEZ (Javier), Proceso Penal Comentado, op. Cit., p. 86.

37 "En Alemania se ha entendido, de parte de los Tribunales que: "...existe interés público cuando la paz jurídica por encima del "círculo vital" del perjudicado y la persecución se constituye en el objetivo actual de la generalidad...". El interés al que se refiere el artículo 22 inciso 1) es un interés objetivo, un interés en la persecución penal. Dicho interés podría justificarse como existente cuando la no persecución del delito menor pueda causar alarma o reacción social, sobretodo si se considera que en determinados supuestos el archivo supondría una especie de impunidad, y la consecuente pérdida de credibilidad del sistema" GATGENS GÓMEZ (Erick) y RODRÍGUEZ CAMPOS (Alexander), Principio de oportunidad, conveniencia procesal de la persecución penal, op. Cit., pp. 200-201). Sobre el punto véase VARGAS ZUMBADO, Freddy Gerardo. "El principio de oportunidad", ob. Cit., p. 165 y ss.

de la pena supera los dos años y 2) no procede si es cometido por un funcionario, siempre cuando el delito haya sido cometido en el ejercicio del cargo o con “ocasión” de éste³⁸.

Por último, por disposición legal expresa (arts. 36 y 44.6 C.P.P.) la aplicación de un criterio de oportunidad extingue la acción pública en relación al imputado en cuyo favor se dispuso; y como derivado del principio de igualdad, al aplicarse la causal del 34. I *ibid* se extingue la acción penal en contra de todos los imputados. Según se verá, sólo en el caso del 34.3, por razones obvias la acción pública queda suspendida hasta que se dicte una sentencia condenatoria que cumpla las condiciones por las cuales se prescindió de la acción (ver art. 36 último párrafo).

b. Supuestos de pena natural: el caso a que hace referencia el punto 2º del art. 34 se refiere a los casos en que el Ministerio Público está autorizado para prescindir total y definitivamente de la acción, cuando el imputado haya sufrido, como consecuencia **directa** del hecho punible, un daño grave (físico o psíquico) que vuelva desproporcionada la aplicación de la pena³⁹. La norma también establece que procede aplicar la oportunidad cuando “en ocasión”⁴⁰ de una infracción culposa el imputado haya sufrido un daño moral de difícil superación⁴¹. Comenta VARGAS ZUMBADO: “No es necesario

38 Esta regla tiene su fundamento en el hecho de que, en la práctica, los funcionarios suelen resultar favorecidos en el proceso de selectividad natural del sistema penal. Como ha destacado BOVINO “Este tipo de hechos, que representa un abuso de poder en el ejercicio de la función pública, en consecuencia, no integra el conjunto de casos cuya persecución se pretenda evitar sino que, por el contrario, constituye un conjunto de comportamientos respecto de los cuales se pretende aumentar la eficiencia persecutoria” (BOVINO, Alberto. La suspensión del procedimiento penal a prueba en el Código Penal Argentino, op. Cit. P.89). No obstante lo anterior, la regla deja claro que todos los demás supuestos en que el funcionario no se encuentra en ejercicio de sus funciones no resultan abarcados por la limitación. Por otro lado, la disposición comprende los casos en que el delito fue cometido “en ocasión” del cargo, o sea, en un supuesto vinculado al desempeño de las funciones propias de un funcionario. Ello significa todos aquellos actos que no se pueden encajar propiamente dentro de la competencia funcional del funcionario, pero que sí están vinculados directamente con éste, como sería el caso en que un policía le causara lesiones a una persona detenida en cárceles. La regla opera cuando el funcionario haya cometido el delito, sin calificar de ninguna manera el tipo a que hace mención, por lo que es necesario concluir que se refiere tanto a los delitos especiales – que exigen la calidad de funcionario del autor para su constitución – como para aquellos delitos comunes que pueden ser cometidos por cualquier sujeto activo. No queda tan claro sin embargo si la regla se refiere a la “participación” en sentido amplio (que abarca la complicidad y la instigación), o bien únicamente los supuestos de autoría. Ante el silencio del código, y atendiendo a una interpretación a favor del imputado, tendríamos que concluir que la exclusión genérica se refiere a los casos en que el funcionario ha participado en su condición de “autor” o “coautor” del hecho, no a aquellos supuestos de participación en sentido estricto, porque en estos en realidad el funcionario no “cometió” el hecho, sino que simplemente colaboró con otros en su comisión. Distinta sería la solución si el Código hubiera hecho alusión a los casos en que “hubiese participado” un funcionario, como es el caso del artículo 76 bis, párrafo VII, del Código Penal Argentino.

39 Comenta LLOBET sobre el instituto: “...tiene su origen en el par. 60 del Código Penal alemán, regulándose allí no como un supuesto de aplicación de un criterio de oportunidad, sino de prescindencia de pena. Sin embargo, la Ordenanza Procesal Penal alemana autoriza que el Ministerio Público con la aprobación del Tribunal se abstenga de ejercer la acción penal en los supuestos en que puede prescindirse de pena (Par. 153 b. OPP. Cfr. Gómez. El proceso..., p. 332)” LLOBET RODRÍGUEZ (Javier), Proceso Penal Comentado, ob. Cit., p. 91. GATGENS y RODRÍGUEZ apuntan: “Evidentemente si el imputado ha sufrido una lesión anterior o posterior a la ejecución del delito que se le endilga, no puede beneficiarse de la aplicación de este criterio de oportunidad. Para que se pueda prescindir de la acusación el daño debe haberse producido, en estricta relación de causalidad, a consecuencia del hecho causado.” GATGENS GÓMEZ, Erick y RODRÍGUEZ CAMPOS, Alexander: Principio de oportunidad, conveniencia procesal de la persecución penal, p. 235.

40 CABANELLAS define el término “ocasión” en los siguientes términos: “Oportunidad. Comodidad o coyuntura favorable para algo, sea bueno o malo, desde el punto de vista de cada agente. Peligro, riesgo. Causa de hecho o acción...” (CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. Diccionario Jurídico Elemental. Edición actualizada, corregido y aumentada por Guillermo Cabanellas de las Cuevas, Editorial Heliasta, 2001, p. 279). En el mismo sentido la definición del Diccionario de la Real Academia Española (Cfr. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario de la Lengua Española, T. II, Impresión: Mateu- Cromo, Artes Gráficas, Madrid, España, p. 1463).

41 El denominado “daño moral” por oposición al daño físico o patrimonial, consiste en un sufrimiento no propiamente físico (sensación dolorosa) sino que es un sufrimiento moral. Por eso se comprende en él el padecimiento anímico, la aflicción, la angustia, la amargura o la preocupación, el ansia y otras perturbaciones de carácter psíquico semejantes. Ha de tomarse en cuenta que, como la causal tiene su base en el principio de proporcionalidad, ha de ponderarse el contexto del caso concreto

*un análisis profundo de esta disposición, [...] basta dar el ejemplo que establece la doctrina en el caso del chofer de un vehículo, que teniendo una culpabilidad escasa en un accidente pierde a su único hijo, o bien el caso de que un imputado pierda las extremidades inferiores o superiores cuando cometía el delito*⁴². Como se prescinde de la persecución de un delito comparándolo con un hecho que se dará, en su caso, en el futuro, la acción no se extingue inmediatamente, sino que se suspende a la espera de la sentencia que satisfaga las condiciones previstas al momento de aplicar el criterio (art. 36 C.P.P.)⁴³.

Supuestos en que la aplicación de una pena es **innecesaria** en virtud de una condena ya impuesta o por imponer; ya sea en el ámbito nacional o en el extranjero (34.3): se trata de casos en que la pena carece de importancia, con lo que se intenta evitar la imposición de penas absurdas o desproporcionadas⁴⁴. Al mismo tiempo, la norma pretende evitar las dificultades que podrían presentarse para conceder la extradición del imputado ante un delito más grave. Como apunta TIJERINO:

*“Esto último es particularmente acertado, porque evita la maniobra de algunos delincuentes de cometer un delito leve en territorio nacional con el propósito de frustrar una extradición por un hecho de mayor gravedad perpetrado en el extranjero”*⁴⁵

Por último, cabe advertir que también es posible la aplicación de criterios de oportunidad en asuntos complejos, cuando “el imputado colabora eficazmente con la investigación, brinda información esencial para evitar la actividad criminal o que se perpetren otras infracciones, ayude a esclarecer el hecho investigado u otros conexos o proporcione información útil para probar la participación de otros imputados” siempre que la acción de la que se prescinde sea considerablemente más leve que los hechos punibles cuya persecución se facilita o se evita (art. 370.6).

III.2.2.5 Procedimiento y efectos

Cuando el Ministerio Público se encuentre con alguna de las causales para la aplicación de un criterio de oportunidad, según quedó detallado supra, mediante un dictamen motivado prescindirá de la persecución penal respecto a uno o varios de los hechos, en relación con uno o varios de los imputados, o bien limitará sus pretensiones a alguna o algunas de las calificaciones jurídicas posibles⁴⁶. En su dictamen el ministerio deberá ponderar razones objetivas, sin discriminación, y si verifica la existencia de un daño deberá asegurarse previamente que éste sea reparado o, al

para poder justificar su procedencia. Imaginemos el caso en que, como consecuencia de un accidente de tránsito el imputado haya sufrido una desfiguración facial considerable, pero, por el otro haya dado muerte de manera culposa a cuatro personas. En tal supuesto, la gravedad del daño moral sufrido no compensa la lesión al bien jurídico vida, por lo que no podría aplicarse el criterio, y, el daño sufrido por el indiciado podría eventualmente aplicarse a su favor al momento de fijar la pena.

42 VARGAS ZUMBADO, Freddy Gerardo. “El principio de oportunidad”, op. Cit., p. 168.

43 Aunque el Código no lo establece expresamente, la única interpretación razonable es que la acción se extingue al momento de la firmeza de la sentencia, una vez que se han agotado todos los recursos posibles. Pues hasta ese momento hay un “pronunciamiento” en el sentido estricto del término.

44 En el derecho alemán comenta ROXIN: “En los casos de insignificancia relativa se puede prescindir de la persecución penal cuando la pena o la medida de seguridad que se espera carecen de importancia en comparación con una pena o medida de seguridad ya impuesta en forma firme o que se espera (§§ 154, I, n° 1, y 154a).” (ROXIN, Claus. Derecho procesal penal, op. cit., p. 91).

45 TIJERINO PACHECO, José María, op. Cit., p. 99.

46 En otras legislaciones el Ministerio Público requiere solicitar autorización a su superior jerárquico para luego pedir al juez que prescinda, total o parcialmente, de la persecución penal.

menos, que exista un acuerdo de reparación plausible⁴⁷. La solicitud será procedente siempre y cuando se plantee antes de la apertura a juicio⁴⁸.

La medida debe ser puesta en conocimiento de la víctima y del imputado mismo, quienes pueden objetar dentro de los tres días la decisión que **aplique** o **niegue** el instituto, alegando que no se ajusta a los requisitos legales o que, su aplicación concreta implica una discriminación⁴⁹. En este caso el juez convocará una audiencia⁵⁰ en que escuchará las razones de las partes y dictará la manera de proceder. El Ministerio Público deberá remitir al juez el expediente, junto con todos los elementos de prueba que sustenten su criterio.

Al aplicarse el criterio de oportunidad se extingue la acción penal (art. 44.6 C.PP), salvo en el caso de la causal contemplada en el numeral 3° en que, según se explicó, solamente queda suspendida a la espera de la sentencia⁵¹. La extinción opera a favor del autor o partícipe en cuyo beneficio se dispuso, salvo en el caso del inc. 1°, en que la causal se extiende a todos los imputados.

Por último, en virtud de lo establecido por el artículo 33.3 C.PP. y 36 párrafo 2° también del C.PP, la aplicación del criterio de oportunidad no impide la *conversión* de la acción pública en privada. Para ello, la víctima deberá presentar su querrela⁵² dentro de los diez días siguientes a la notificación de la medida.

III.2.3 Concepto de justicia restaurativa

“En el proceso judicial, el drama de la vida se sustituye por una liturgia en la cual los actores originales son reemplazados y representados por profesionales del rito” (BARATTA)⁵³

El derecho a imponer una pena es hoy día un derecho reservado al Estado, quien, según el decir de CHRISTIE⁵⁴, le ha “robado” el conflicto a las partes, vaciando al proceso penal de su contenido vital. Pero si el Estado le prohíbe al individuo tomar la justicia por sus propias manos, debería ofrecerle mecanismos efectivos para brindarle protección y buscar una solución para su problema, no relegarlo dentro del proceso y con ello profundizar su impotencia. Esa fue hasta hace no poco tiempo una “asignatura pendiente” del sistema penal.⁵⁵

47 Al decir el C.PP. que, ante la existencia de un daño, el Ministerio Público “debe velar porque sea razonablemente reparado” no puede interpretarse la necesidad de una reparación efectiva de previo a la solicitud. Bastará con que, de manera objetiva y razonable, el Ministerio Público pueda comprobar que el daño será reparado.

48 Este momento ha de ser aquél en que se admita la acusación y señale para juicio, porque no tendría sentido ninguno prescindir de la acción penal por “conveniencia” una vez que la acusación ha sido aceptada por el juez (art. 303 y 305 C.PP).

49 Piénsese en el caso en que aplicando el inc. I del art. 34 (insignificancia objetiva del hecho) se solicite la aplicación del criterio de oportunidad solamente a favor del autor y no del cómplice.

50 Según lo dispone el artículo 283 C.PP. in fine, el juez convocará a la audiencia en un plazo de cinco días, en que el juez puede revocar o confirmar el archivo. A su vez, lo resuelto tiene recurso de apelación.

51 Durante ese período la prescripción se encuentra suspendida (Cfr. art. 48.5. C.PP).

52 Véase arts. 267 y ss. C.PP.

53 BARATTA citado por KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. Justicia Restaurativa, Rubinzal – Culzoni Editores, Santa Fe, Argentina, 2004, p. 16.

54 Las ideas de Christie, sintetizadas en su famosa frase: “Jueces y abogados se han convertido en ladrones de conflictos; hay que devolver a la sociedad civil su posibilidad de solucionar el conflicto; son los propietarios del conflicto los únicos capacitados para resolverlo” (Citado por KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. Op. Cit. p. 184.), han tenido un profundo impacto en el desarrollo de las ideas de justicia restaurativa. Nils CHRISTIE, profesor de Oslo, propuso así en 1977 su teoría del “Conflicts as Property”, y con ella destacó que perder la posibilidad de resolver nuestros propios conflictos es una gran pérdida para la víctima, el ofensor y la sociedad en general.

55 Ha dicho Maier que: “La afirmación de que la mejor forma de solucionar conflictos sociales consiste en regresar las cosas al estado anterior al hecho – considerado ilícito – que generó el conflicto o, en su caso, colocar el mundo en el estado deseado

Cuando la aplicación estatal del Derecho penal (entendido en su sentido amplio) vino a reemplazar a la venganza privada, se monopolizó la persecución penal en el aparato estatal. Lo que difiere en gran manera del servicio de justicia regular prestado por el gobierno. En éste las partes acuden al juez en busca de una "solución", no así dentro del sistema penal, porque es el Estado en sí mismo quien tiene un interés en la realización del Derecho Penal, interés que tiende muchas veces a excluir el conflicto social que conforma igualmente su base. Ante esta crisis, se presenta a la opción de una justicia "restaurativa" como una alternativa "novedosa"⁵⁶ a lo interno del Derecho Penal, que abre opciones a distintas respuestas sociales al delito, potenciando la reparación para la víctima, y a la vez la paz y seguridad social para la comunidad, así como nuevas esperanzas de reinserción para el ofensor.

Según se comenta en la doctrina⁵⁷, la llamada justicia restaurativa (en adelante "JR") implica un diálogo entre el autor y la víctima, usualmente a través de un mediador. Sus orígenes se remontan al derecho norteamericano, de donde surge en el seno del derecho penal juvenil. Ahí se presenta a la justicia "restaurativa" como una nueva opción frente los modelos de la justicia "retributiva" y la justicia "rehabilitadora". Los primeros proyectos de esta clase se presentan en los EE.UU. y Canadá, y de allí se trasladan a Europa⁵⁸, y por esta vía a Latinoamérica. Una vez probada su eficacia en el

por las reglas sociales pertinentes, es casi inmune a la crítica. Contra esta afirmación sólo se ha esgrimido la idea, en el fondo retributivo, del escaso poder preventivo de un Derecho penal fundado en el "pago del daño", porque el riesgo corrido por el autor; a lo sumo, es igual al provecho. De allí que el Derecho penal se conciba como un plus de castigo para el autor; a más de aquél que le corresponde por reglas del derecho privado; el regreso, de manera natural o simbólica, al statu quo ante (reparación natural o simbólica). [...] Empero, además de que no se trata aquí, empíricamente, tan sólo del pago del daño provocado por el delito, sino de una efectiva reparación integral a quines sufren la acción o la omisión ilícita, tampoco es justificable, actualmente, un Derecho Penal que se interese sólo por el plus – la pena –, desplazando en importancia la reparación" MAIER, Julio B.J., "El sistema penal hoy: entre la inquisición y la composición", op. cit., p. 142.

- 56 Para ser sinceros, mecanismos de restitución y restauración se encuentran previstos en los cuerpos normativos de antiguas civilizaciones, así como en las maneras indígenas de resolver conflictos. El Código de Hammurabi ya preveía la restitución para algunos delitos contra la propiedad, y en el Perú los "viejos de idea" en la comunidad indígena de Aguarama, ya tenían mecanismos "restaurativos" dentro de sus prácticas de resolución de conflictos, en que las familias de las partes involucradas participaban activamente para obtener los acuerdos. Lo único novedoso de esta tendencia, es el impacto que ha tenido en el panorama del moderno sistema de control penal y su efecto renovador sobre la visión limitada que hasta ahora se tenía de él, de ahí la expresión.
- 57 Más adelante se analizan diversos conceptos que han sido utilizados por diversos sistemas para su debida implementación.
- 58 El Proyecto Alternativo alemán sobre reparación del daño (Alternativ – Entwurf Wiedergutmachung) elaborado por un grupo de profesores alemanes, austriacos y suizos en 1992, recoge todo este movimiento, en particular las ideas de CLAUS ROXIN sobre la reparación como "tercera vía" del Derecho Penal, según las cuales la reparación cumple con los requerimientos de la prevención general positiva y especial positiva. No es este el lugar para hacer un análisis detallado de todo este proceso y sus postulados, pero remito al lector a las siguientes fuentes: ROXIN, Claus. "La reparación en el sistema de los fines de la pena". Justicia penal y sociedad, Revista Guatemalteca de Ciencias Penales, Año 1, N° 1, octubre de 1991, pp. 5-22; HIRSCH, Hans Joachim. "La reparación del daño en el marco del Derecho Penal Material" Justicia penal y sociedad, Revista Guatemalteca de Ciencias Penales, Año 1, N° 1, octubre de 1991, pp.23-45; CREUS, Carlos. Reparación del daño producido por el delito, 1° ed., Rubizal-Culzoni, Santa Fe, 1995, 224 p.; MAIER, Julio B.J., "El ingreso de la reparación del daño como tercera vía al Derecho penal Argentino". En: MAIER, Julio B.J. y BINDER, Alberto (comps.), El Derecho Penal de Hoy, Editores del Puerto s.r.l., Buenos Aires, 1995, p. 27 y ss.; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. Justicia Restaurativa, Rubinzal – Culzoni Editores, Santa Fe, Argentina, 2004, 629 p.; OLSON, Cynthia. "Aplicando la mediación y los procesos de consenso en el marco de la justicia restaurativa". En: CARRANZA, Elías (coord.). Justicia penal y sobre población penitenciaria, ILANUD, Siglo Veintiuno Editores, 1° ed., San José, Costa Rica, 2001 pp. 214 y ss.; SOLARI BRUMANA, Juan A., Reparación del daño, el particular damnificado en el derecho penal, Desalma, Buenos Aires, 1962; ZULITA FELLINI (directora), Mediación Penal. Reparación como tercera vía en el sistema penal juvenil, 1° ed., Depalma, Buenos Aires, 2002, 224 p.; ESER, Albin. "Una justicia penal "a la medida del ser humano". Revista de Ciencias Penales, Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, Diciembre 1998, Año 10, N°15, pp. 3-15; BOVINO, Alberto. "La víctima como sujeto público y el Estado como sujeto sin derecho". Revista de Ciencias Penales, Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, Diciembre 1998, Año 10, N°15, pp.28-34. También en línea: OCROSPOMA PELLA, Enrique. La reparación penal. [en línea] Setiembre 2002. Disponible en: http://www.derecho.com/boletin/articulos/articulo_0151.htm. [Consulta 18-11-2004]; DÖLLING, Dieter. El desarrollo de las sanciones no privativas de libertad en el derecho alemán. Traducción realizada por José Hurtado Pozo y Aldo Figueroa Navarro. [en línea]. Disponible en: http://www.unifr.ch/derechopenal/anuario/97_98/pdf/Penas_Alemania.pdf. [Consulta 18-11-04]. En inglés: FREHSEE, Detlev. Restitution and Offender-Victim Arrangement in German Criminal Law: Development and Theoretical Implications [en línea].

derecho penal juvenil, no se tardó en trasladar el enfoque al derecho penal de adultos.⁵⁹

KEMELMAJER DE CARLUCCI se refiere a la “justicia restaurativa” en los siguientes términos: *“Pese a las discrepancias terminológicas, habría algo común a todos los usos de la expresión “Justicia restauradora”, o “Justicia restaurativa”, fórmula, como se ha dicho, “convenientemente corta”: se trata de una variedad de prácticas que buscan responder al crimen de un modo más constructivo que las respuestas dadas por el sistema punitivo tradicional, sea el retributivo, sea el rehabilitativo. Aun a riesgo de un exceso de simplificación, podría decirse que la filosofía de este modelo se resume en las tres “R”: Responsibility, Restoration and Reintegration (Responsabilidad, Restauración y Reintegración). Responsabilidad del autor, desde que cada uno debe responder por las conductas que asume libremente; restauración de la víctima, que debe ser reparada, y de este modo salir de su posición de víctima; reintegración del infractor, estableciéndose los vínculos con la sociedad a la que también se ha dañado con el ilícito.”*⁶⁰ Esta corriente es el producto de la fusión de tres grandes movimientos: a) el que mostró la fractura de las instituciones tradicionales de control social, b) el que denunció los

Disponible en: [http://wings.buffalo.edu/law/bcl/bclarticles/3\(1\)/fresheemacro.pdf](http://wings.buffalo.edu/law/bcl/bclarticles/3(1)/fresheemacro.pdf). [Consulta: 14-12-04]. HARTMANN, Ute I., Victim-Offender Reconciliation with Adult Offenders in Germany [en línea]. Disponible en: [http://wings.buffalo.edu/law/bcl/bclarticles/3\(1\)/fresheemacro.pdf](http://wings.buffalo.edu/law/bcl/bclarticles/3(1)/fresheemacro.pdf). [Consulta: 14-12-04]. SCHÜNEMANN, Bernd. The role of the Victim Within the Criminal Justice System : A Three-Tiered Concept. Disponible en: [http://wings.buffalo.edu/law/bcl/bclarticles/3\(1\)/schuenemann.pdf](http://wings.buffalo.edu/law/bcl/bclarticles/3(1)/schuenemann.pdf) [Consulta: 18-11-2004]; entre muchos otros documentos sobre el tema.

59 La búsqueda de mecanismos de JR es una manifestación del cambio de nuestra sociedad en general, en las sociedades posmodernas se advierte la necesidad de un control, pero no de un control centralizado e imponente, sino descentralizado y participativo. Como destaca KEMELMAJER DE CARLUCCI, hay una estrecha vinculación entre los valores políticos dominantes en una sociedad y su modelo de justicia “la justicia rehabilitativa tuvo su lugar en el Estado de bienestar; la JR, en cambio, comienza en un Estado que va perdiendo poder”. (KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. Justicia Restaurativa, Rubinzal – Culzoni Editores, Santa Fe, Argentina, 2004, p. 182.). A su vez, cabe destacar que los modelos de justicia restaurativa tienen en gran parte fundamento en la filosofía de Jürgen HABERMAS, para quien la crisis de motivación y de legitimidad del mundo moderno deben ser resueltas a través de la reconstrucción del consenso. La autora nos señala como las propuestas de este tipo presentan las características del “Derecho Reflexivo” que propone HABERMAS, y por lo tanto encuentra sus raíces profundas en las ideas de este filósofo (ibid., p. 181.)

60 KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. Justicia Restaurativa, op. Cit., p. 109. Múltiples han sido las definiciones que la doctrina le ha dado al la “justicia restaurativa” (término que es la traducción aproximada al español de la “Restorative Justice” en inglés, y “Justice Restaurative” en francés, que han sido promovidas en el seno del Congreso Internacional de Criminología de Budapest de 1993 y han ganado fuerza a través de múltiples conferencias internacionales. Sin embargo, cabe advertir al lector que ese término en español no conserva enteramente su significado ya que “restauración” en español, es un término que se vincula con actividades más materiales). He aquí algunas definiciones: BAZEMORE y WALGRAVE: “toda acción orientada primariamente a hacer justicia reparando el daño causado por el delito” y “puesta cara a cara de la víctima y de la comunidad afectada por un ilícito con los ofensores, en un proceso informal, no adversarial y voluntario, que se desarrolla en situaciones de seguridad y que normalmente provee el mejor modo de determinar las obligaciones restaurativas”; BRUCE ARCHIBALD: “modo de resolución de cuestiones de naturaleza penal, de carácter no punitivo, reparativo y deliberativo a través de un proceso que comprende a la víctima, el ofensor y representante de la comunidad.” y “restauración de los vínculos sociales, sobre la base de la equidad y de la dignidad humana, en el contexto de la resolución del diferendo suscitado por el hecho ilícito mediante un proceso deliberativo que comprende al ofensor, la víctima y las comunidades pertinentes”; CERETTI: “justicia que comprende la víctima y el imputado y la comunidad en la búsqueda de soluciones a las consecuencias del conflicto generado por el hecho delictuoso con el fin de promover la reparación del daño, la reconciliación entre las partes y el fortalecimiento del sentido de seguridad colectivo”; la Propuesta Preliminar de los Principios Básicos del uso de programas de justicia reparadora en asuntos criminales aprobada en el año 2000 por el CONGRESO DE LAS NACIONES UNIDAS: “un proceso en el cual la víctima, el ofensor y/o cualquier otro miembro individual o colectivo afectado por el delito participan conjunta y activamente en la resolución de las cuestiones vinculadas al delito, generalmente con la ayuda de un tercero justo e imparcial”; FORO EUROPEO DE PARA LA “VICTIM-OFFENDER MEDIATION” Y LA “RESTORATIVE JUSTICE”: “proceso para responder al delito, basa en la reparación, tan amplia como sea posible, del daño causado por el delito a la víctima, haciendo al ofensor responsable, y facilitando la comunicación entre ellos, sujeta al consentimiento de ambos”; TONY MARSHALL: “proceso en el que todas las partes implicadas en un determinado delito, resuelven colectivamente cómo manejar las consecuencias del delito y sus implicaciones para el futuro”; MARTIN WRIGHT: “proceso por el que todas las partes afectadas por una infracción específica se reúnen para resolver colectivamente cómo reaccionar ante la infracción y sus implicaciones para el futuro. Sus elementos esenciales son: (I) participación comunitaria o pública; (II) participación de las partes; (III) colaboración entre las agencias, y (IV) orientación hacia la resolución de problemas” Todas estas definiciones fueron citadas por KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. Justicia Restaurativa, op. Cit., pp. 110-114.

efectos perniciosos del sistema penal sobre el delincuente como ser humano y, c) el que impulsó el desarrollo de los derechos del hombre y de la víctima.

La JR busca el arrepentimiento sincero del autor; por ello, el ofensor debe ser incentivado a entender cómo su acto ha herido a otra persona y a la comunidad. No requiere como requisito obligatorio el “perdón” de la víctima, aunque sí se intenta la reconciliación de las partes y la reparación del daño causado. Punto esencial es que los programas de JR no pueden serle impuestos ni a la víctima ni al ofensor y son absolutamente voluntarios. A su vez, la propuesta de la JR va más allá y pretende cambiar nuestra manera de ver y de responder ante los actos criminales, conservando las garantías constitucionales como presupuesto necesario de cualquier medida alterna. En suma, la doctrina destaca las siguientes “ideas renovadoras” de la JR:

- a.** “La reapropiación del proceso por parte de sus dos actores principales: la víctima y el autor del delito. Este punto inicial supone la revaloración de la víctima dentro del proceso; es ella quien decide la modalidad a través de la cual se considera adecuadamente resarcida en sentido moral y material.
- b.** Un nuevo concepto de responsabilidad por parte del autor del delito, que opera directamente con la parte ofendida, y para el que las consecuencias del delito son más importantes que la definición del tipo.
- c.** La inserción de nuevos profesionales que permiten que, en algunos casos, la administración de la justicia tradicional quede marginada, al menos temporalmente.
- d.** La recuperación de la administración de la justicia por parte de la comunidad, que provee de los recursos e impone condiciones, porque ha sido ella quien ha sido golpeada por el delito. Aclara que este último punto, que es el que interesa en esta parte de mi exposición, requiere de algunas precisiones, desde que es razonable que el Estado custodie con ojo celoso su monopolio sobre la justicia penal represiva”⁶¹

También comenta la autora antes citada, que:

*“En síntesis, la JR pretende ser una tercera vía (third way) que acumule los beneficios de las anteriores: la primera fue la tendencia rehabilitativa que, concentrada en el ofensor, atiende especialmente a su tratamiento, supervisión, control, etcétera; la segunda fue la visión retributiva, que centraliza la cuestión en el ofensor, la pena y las garantías constitucionales. La tercera pone la atención en el daño sufrido por la víctima y por la sociedad, y el modo de repararlo, pero sin olvidar los postulados positivos de las dos primeras.”*⁶²

Las ideas de “justicia restaurativa” permean los mecanismos alternativos que incorpora la reforma, y por lo tanto, es necesario la toma de conciencia de estos postulados básicos, lo que servirá de faro de orientación ante los casos que pudieran presentarse en la práctica.

61 KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. Justicia Restaurativa, op. Cit., p. 185, quien a su vez se basa en las ideas de SCARDACCIONE y ARCHIBALD entre otros.

62 KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. Justicia Restaurativa, op. Cit., p. 553.

III.2.4 Conversión de la acción pública en privada

Esta posibilidad opera como excepción al principio de “oficialidad” de la acción penal, en virtud del cual la persecución penal le corresponde por naturaleza al Estado. En estos casos, el Estado permite que el particular tome el lugar del Ministerio Público y formule la acusación ante el tribunal competente, lo que ciertamente constituye un instituto que revitaliza la posición de la víctima dentro del proceso penal.

Al convertirse la acción pública en privada se deberán seguir en consecuencia los procedimientos especiales previstos en los artículos 359 al 362 del C.P.P., por lo que deja de tener participación el Ministerio Público como órgano persecutor oficial, y en consecuencia, la promoción y el ejercicio de la acción penal le corresponderán en adelante al ofendido o su representante legal. Si opera la conversión de la acción en privada, entra a regir el principio dispositivo, por lo que la víctima puede conciliar o desistir de su acción (Cfr: Arts. 37.2, 44 inc. 4° y 10°, 361, 362 del C.P.P.). Cabe advertir que si se dan los supuestos del art. 362 incluso procede declarar el abandono tácito de la acción penal, por lo que el código exige que no exista un interés público gravemente comprometido para autorizar su aplicación.

Al igual que las medidas alternativas analizadas hasta el momento, la conversión de la acción participa de la orientación que pretende insertar a la víctima en el proceso penal, para así reconocer la relevancia que tiene como sujeto dentro del sistema penal y no simple espectador relegado en los procedimientos. El artículo 33 constituye así una excepción al principio de “obligatoriedad de la acción pública” establecido en el artículo 30, sin que esto suponga un quiebre a dicho principio, sino su reconocimiento expreso, pues en estos supuestos el propio código considera que se trata de intereses particulares que no afectan de manera grave a la colectividad y que pueden ser asumidos de manera eficiente por la víctima. Como vimos antes al tratar el principio de oportunidad, la introducción de esta clase de mecanismos parte del hecho innegable de que el sistema penal opera de manera selectiva, y procura orientar esa selectividad de conformidad con parámetros controlables, logrando a su vez que los recursos del sistema penal se concentren en los casos más graves. Valga a su vez para el análisis de este instituto lo dicho en aquél apartado, al cual nos remitimos.

Al momento de autorizar la conversión de la acción, ha de tomarse en cuenta también que ésta implica una desventaja para el acusado, ya que el caso podrá seguir su curso sin pasar por el trámite establecido en los arts. 298 al 304 C.P.P. (audiencia preliminar), lo que significa que se pierde una instancia de control en que el juez pudo haber constatado la posibilidad de evitar el juicio, dictando en su caso el auto de “no ha lugar”.

Los requisitos que exige el artículo 33 C.P.P. para que el Ministerio Público pueda autorizar la conversión de la acción, son los siguientes:

- a.** La solicitud expresa de la víctima: por víctima ha de entenderse aquellos sujetos comprendidos en el artículo 83 C.P.P., si existen varias víctimas es necesario el consentimiento de todas ellas. En efecto, el Ministerio Público carece de la facultad de decretar de oficio la conversión de la acción.

- b.** Que no exista un interés público gravemente comprometido: La regulación del artículo 33 párrafo primero, concuerda con lo establecido por el 34.I. por lo que, para que el interés público se constituya en un obstáculo procesal para la procedencia de la medida, se requiere que la afectación revista cierta "gravedad".⁶³ Nótese que por "grave" se entiende "grande, de mucha entidad o importancia"⁶⁴, por lo que ha de justificarse muy bien la existencia de dicha causal para la negativa.
- c.** Que sea formulado en tiempo: la petición ha de plantearse antes de la formulación de la acusación, o bien de cualquier otro requerimiento conclusivo de la etapa preparatoria, y como última opción, dentro de los diez días siguientes a la aplicación por parte del Ministerio Público de un criterio de oportunidad.
- d.** Que nos encontremos ante uno de los supuestos de procedencia: la norma contempla tres supuestos: 1) que se trate de un hecho que requiera instancia privada (Cfr. art. 31 C.P.P.); 2) cuando estamos ante un hecho punible contra la propiedad realizado sin grave violencia contra las personas. En este caso, lo que exige el artículo es que se trate de un hecho que afecte el bien jurídico "propiedad", en otras palabras, que se trate de un delito en que el dolo directo de primer grado esté dirigido a la comisión de un hecho que afecte dicho bien jurídico del particular o del Estado. Adicionalmente, la norma exige que el delito sea cometido sin "grave violencia contra las personas". Dicho criterio es evidentemente indeterminado, lo que podría implicar un cierto grado de inseguridad jurídica al momento de llevar a la práctica el instituto. No obstante, lo que es "grave violencia" habrá de ser resuelto caso por caso, tomando en cuenta lo dicho en líneas anteriores – que gravedad implica una entidad de importancia y consideración –; por lo tanto, han de entenderse comprendidos incluso los casos en que medie una violencia leve sobre las personas, como son aquellos que se conocen en doctrina como "arrebato". Sin embargo, no puede hablarse de que concurra este requisito cuando se han causado lesiones a la víctima, o ha mediado violencia moral de consideración, como sería el empleo de un arma blanca o de fuego, atendiendo a la gravedad de la amenaza en el caso concreto. Por último, 3) que se trate de un caso en que el Ministerio Público haya dispuesto la aplicación de un criterio de oportunidad (Cfr. art. 34 C.P.P.).

III.2.5 La desjudicialización

No parece adecuado afrontar aquí un análisis a profundidad acerca de los múltiples institutos incorporados en el nuevo Código Procesal Penal. Sin embargo, vamos a abordar los elementos

63 Con respecto al interés público comenta la doctrina: "En lo concerniente a la ausencia de un interés público se ha dicho que a pesar de la culpabilidad ínfima puede ser admitida la existencia de dicho interés, ello por razones de prevención general o especial (Cf. Beulke. *Strafprozessrecht*, No. 334; Kleinknecht/Meyer. *Strafprozessordnung*, Par. 153, No. 7; Schroeder. *Strafprozessrecht*, No. 64; Zipf. *Strafprozessrecht*, p. 79). Polémica existe con respecto a si se pueden tomar en cuenta consecuencias extraordinarias del hecho, aun cuando no puedan ser imputadas al autor (Dudando con razón: Zipf. *Strafprozessrecht*, p. 79. A favor: Kleinknecht/Meyer. *Strafprozessordnung*, Par. 153, No. 7). Discusión ha existido además sobre si la necesidad de que se aclare una discusión jurídica hace que exista interés público (En sentido negativo con razón: Zipf. *Strafprozessrecht*, No. 64). Se señala que el transcurso del tiempo entre el hecho y el descubrimiento del mismo puede hacer disminuir el interés público (Kleinknecht/Meyer *Strafprozessordnung*, Par. 153, No. 7)." (LLOBET RODRÍGUEZ (Javier), *Proceso Penal Comentado*, 2º edición, Editorial Jurídica Continental, 2003, p. 88). LLOBET también comenta que en "Alemania existe una norma en sentido inverso. Así en delitos catalogados como de acción privada el Ministerio Público puede ejercer la acción pública cuando existe un interés público". LLOBET (Ibid. p. 79).

64 REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la Lengua Española*, T. I, Impresión: Mateu- Cromo, Artes Gráficas, Madrid, España, p. 1057.

esenciales de cada uno de ellos para dejar abierta la puerta a futuros trabajos en que, sin duda alguna, los juristas de la república abarcarán la riqueza que está contenida en ellos. Vamos a comenzar por un análisis general acerca del fenómeno conocido como “desjudicialización”, para luego entrar a conocer de los tres principales mecanismos que incorpora la reforma, esto es: a) Mediación y Conciliación (art 37 y ss. C.P.P.), b) Suspensión condicional del procedimiento (art. 40 y ss. C.P.P.) y, finalmente c) El procedimiento abreviado (arts. 363 y ss. C.P.P)

III.2.5.1 Acerca del llamado proceso de “desjudicialización”

El hombre de hoy enfrenta ciertamente una paradoja, el juez y el Ministerio Público, ven ampliados su campo de acción, mientras que las nuevas tendencias buscan la desjudicialización de ciertos conflictos, porque se parte del presupuesto de que el ingreso al sistema de control social supone un impacto negativo para la persona.⁶⁵

Así, se afirma que el aparato judicial implica “riesgos” que no se pueden evitar, y que, por lo tanto, es mejor evitar el ingreso de una persona al sistema que esperar al momento “definitorio” o de la sentencia. La “desjudicialización” llamada inglés “*diversion*”⁶⁶, según nos narra KEMELMAJER, fue utilizada por primera vez en un informe norteamericano de 1967 y se consagró a consecuencia del tratamiento empleado por Lemert en su ensayo “*Instead of Court. Diversion in juvenile justice*” (1971)⁶⁷. Según PATANÉ la *diversion* implica la “no continuación de la acción penal, o su suspensión anterior al debate, con la eventual posibilidad de sustituir la sanción penal con formas de tratamiento socio-rehabilitativas y comunitarias con el resultado de determinar una desviación del proceso hacia un epílogo no judicial, o de algún modo extraño a lógica del juicio y a la sentencia de mérito”⁶⁸ No obstante, el XIII Congreso Internacional de Derecho Penal (El Cairo, 1984), definió el término en un sentido amplio como “*todo desvío o desviación de la secuencia de los actos normales del proceso penal antes del pronunciamiento sobre la imputación*”⁶⁹ En este sentido amplio es equivalente a “diversificación” o “desjudicialización” que tiene dos caras: a) es un proceso que minimiza la entrada del ofensor al sistema de justicia penal, porque se supone que éste implica en sí mismo un riesgo según los postulados de la teoría del “*etiquetamiento*” y, b) es a la vez una alternativa para quien entra al sistema, de manera tal que el ofensor que ingrese al sistema tenga la opción de ser trasladado a uno alternativo, aminorando así el factor “*criminógeno*” implícito en el sistema. A su vez, la doctrina apunta lo siguiente: “*La desjudicialización requiere dar respuesta, entre otras, a dos cuestiones fundamentales: (I) Momento y autoridad a la que se le faculta para poner fin a la intervención penal, y (II) Supuestos reglados en los que puede ser utilizado este recurso.*”⁷⁰ En síntesis,

65 Marcan la paradoja FAGET, CASTAIGNÈDE, NÉRAC-CROISIER entre otros. Cfr: KEMELMAJER DE CARLUCCI (Aída), *Justicia Restaurativa*, Rubinzal – Culzoni Editores, Santa Fe, Argentina, 2004, pp. 87 y ss.

66 Estamos hablando de *diversion* en un sentido amplio, equivalente a diversificación o desjudicialización. Pues existe el instituto, propio del sistema angloamericano, y del cual deriva la suspensión condicional del proceso, que muchos han identificado con el nombre de “*diversion*”. Existe en castellano poca información sobre los institutos anglosajones de la “*probation*” y la “*diversion*”. Básicamente se puede señalar que la primera es una suspensión condicional de la sentencia y la segunda es una suspensión de la persecución. En esta materia se seguirá lo indicado por MARINO, Esteban. “Suspensión del procedimiento a prueba” En: MAIER, Julio B.J. (compilador). *El nuevo Código Procesal Penal de la Nación. Análisis crítico*, Buenos Aires, Argentina, Editores del Puerto s.r.l., 1993., pp. 29-41. Además puede consultarse la obra de: DE OLAZABAL, Julio. *Suspensión del proceso a prueba*, Buenos Aires, Argentina, Editorial Astrea, s.f.e., pp. 18 y 19.

67 Cfr: KEMELMAJER DE CARLUCCI (Aída), *Justicia Restaurativa*, op. Cit., p. 89. La teoría de LEMERT conocida como el “*labelling approach*” explica que el “*delincuente*” tiende a actuar de conformidad con la etiqueta que el sistema le impone, si evitamos el “*etiquetamiento*”, las posibilidades de reintegración del infractor aumentan exponencialmente.

68 Citado por KEMELMAJER DE CARLUCCI (Aída), *Justicia Restaurativa*, op. Cit., p. 89.

69 Cfr: KEMELMAJER DE CARLUCCI (Aída), *Justicia Restaurativa*, op. Cit., p. 89.

70 KEMELMAJER DE CARLUCCI (Aída), *Justicia Restaurativa*, op. Cit., p. 91.

supone la incorporación al sistema penal de soluciones variadas adaptables a las particularidades de cada conflicto penal. Su objetivo es eliminar, en la medida de lo posible, el “etiquetamiento” del ofensor y coadyuvar con una mejor administración de justicia, lo que supone un compromiso serio entre la sociedad y Estado para evitar que los mecanismos “alternativos” se conviertan ya sea en sistemas de “impunidad” o, por el otro lado, una extensión de las “redes de control social” ya existentes. Por ello, los sistemas de control administrativo implican un componente esencial de cualquier sistema de desjudicialización del conflicto penal.

Antes de entrar en el estudio de cada uno de los mecanismos con los que la reforma impulsa la “desjudicialización” dentro del sistema penal, debemos aclarar que no debe confundirse desjudicialización con “justicia restaurativa”, analizada *supra*. La justicia restaurativa pretende un diálogo entre autor y víctima, con el objeto de potenciar soluciones compartidas, y así reparar el tejido social dañado, el daño producido y la auto-imagen del ofensor. No todas las salidas propuestas por los movimientos de “desjudicialización” participan de esas características. A su vez, y esto es muy importante, desjudicialización no es desjuridización, nada más alejado de la realidad, toda medida “alterna” al sistema de enjuiciamiento tradicional ha de tener en cuenta los derechos fundamentales implícitos en cualquier proceso, sino se podría llegar a extremos indeseables y contrarios a los más elementales principios de la reforma.

III.2.5.2 Mediación y conciliación

“En los tribunales se vive, se trabaja, en y por conflictos ajenos. El ser humano se va descorporizando atrapado en las redes del proceso, sus oscuras entrañas y laberintos. Pasa a ser un expediente. El conflicto se desplaza y el tiempo, que todo lo pauta, va creando contumaces incertidumbres. Víctima y victimario quedan a la mala de Dios” (ELÍAS NEUMAN)⁷¹

El desmedido uso del derecho penal en los casos en que otras ramas del derecho podrían asumir el conflicto, o bien, la insistencia en que un caso se tramite por la vía tradicional cuando bien podría ser objeto de conciliación, impiden que la víctima alcance una solución satisfactoria a su problema e impide también que el proceso penal alcance su objetivo final, garantizar la armonía social. Cabe citar un caso de los tantos que tramitó como juez penal suplente en Costa Rica el fallecido jurista HENRY ISSA, y al que hacía repetida referencia en sus trabajos sobre el tema:

“Debíamos conocer el robo de un reloj a un ciudadano costarricense, residente en Ciudad Quesada [zona norte de Costa Rica] y ocurrido en San José [la capital ubicada en el centro del país], en una terminal de buses. El debate se desarrolló más de un año después de ocurridos los hechos. Todo estaba muy claro y probado luego de la declaración del imputado, nos dispusimos a escuchar la del ofendido/testigo: “con todo respeto les digo que yo no quiero que le hagan nada a él – se refería al imputado-. Yo lo que quería era el reloj. En esos tres años nadie quiso dármele. Con lo que he tenido que gastar en pasajes para venir aquí en otras ocasiones y en esta, ya me hubiera comprado otro reloj...”⁷²

71 NEUMAN citado por KEMELMAJER DE CARLUCCI (Aída), Justicia Restaurativa, Rubinzal – Culzoni Editores, Santa Fe, Argentina, 2004, p. 16.

72 ISSA EL KHOURY JACOB, Henry. “Solución alternativa de conflictos penales. Una propuesta de marco teórico.” Revista de Ciencias Penales, Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, Noviembre, 1994, Año 6, N°9, p. 68.

Esto demuestra lo que puede ocurrir si se descuidan los intereses de las partes en la persecución de una pena que, muchas veces, puede ser inútil en un caso concreto. El paradigma conciliatorio asume otra posición, como recuerda el profesor ISSA: "...Dentro del proceso conciliatorio interesa sobre todo la reconstrucción de los hechos para la búsqueda de una verdad; el castigo por la falta está en último plano; es más importante volver a relacionar a dos miembros de la comunidad disgustados que castigar a un transgresor..."⁷³

Sin embargo, hay que tener claro que asumir el paradigma conciliatorio no constituye una "salida fácil" del sistema, ni una privatización de la justicia penal. De hecho, en muchas ocasiones llegar a un proceso de conciliación exitoso puede ser más laborioso que la simple imposición de una pena tradicional. No obstante, la conciliación y en particular la reparación, tienen la ventaja de que se puede llegar a una resolución creativa y mutuamente satisfactoria del conflicto, lo que contribuye a reparar la paz social alterada con el delito.

Entre las novedades⁷⁴ que incorpora la reforma se encuentran los artículos 37 y ss. del C.P.P. que permiten conciliar los cargos en cualquier momento de previo a que se ordene la apertura a juicio en los delitos de acción pública, o bien en cualquier estado de la causa tratándose de infracciones de acción privada. Estos delitos pueden ser las contravenciones, las infracciones de acción privada o pública a instancia privada, el homicidio culposo o bien todas aquellas que permitan aplicar el perdón condicional de la pena⁷⁵.

Es importante distinguir entre "conciliación" como acto procesal, (el acto en que dos o más partes se ponen de acuerdo acerca de la solución de un conflicto, mediante soluciones mutuamente satisfactorias) a que hace referencia el art. 37 C.P.P.; y "conciliación" como el resultado de un acuerdo negociado entre las partes, el cual, una vez examinado por el juez, tendrá fuerza ejecutoria (Cfr. Arts. 39, 281.8 y 283 C.P.P.). "Conciliar" del latín "conciliare" significa ajustar los ánimos de quienes estaban opuestos entre sí⁷⁶. ORTEGA PINTO se refiere a la técnica de conciliación como

73 ISSA EL KHOURY JACOB, Henry, *A la armonía por la palabra: la solución negociada de conflictos penales*, ob. Cit. p. 11.

74 Es claro que la conciliación no es un descubrimiento nuevo en el mundo del derecho, aunque hasta el momento no se le aplicado con la intensidad que podría serlo a lo interno del sistema penal. Sobre el punto comenta Alfonso E. CHAVES RAMÍREZ: "Desde 1874, una carta de Voltaire, se lee: La mejor ley, el más excelente uso, el más útil que yo haya visto jamás está en Holanda. Si dos hombres quieren pleitear el uno contra el otro son obligados a ir ante el Tribunal de los Jueces conciliadores, llamados hacedores de paz. Si la partes llegan con su abogado y un procurador, se hace de pronto retirar a estos últimos, como se aparta la leña de un fuego que se quiere extinguir. Los pacificadores dicen a las partes: sois unos locos por querer gastar vuestro dinero en haceros mutuamente infelices; nosotros vamos arreglarlos sin que os cueste nada. Si el furor por pleitear es sobrado fuerte en esos litigantes, se aplaza para otro día, a fin de que el tiempo suavice los síntomas de la enfermedad; enseguida los jueces les envían a buscar una segunda, una tercera vez; si la locura es incurable, se les permite litigar, como se abandona a la amputación miembros gangrenados; entonces la justicia hace su obra[...]. También es menester hacer referencia a la conciliación en algunas comunidades indígenas, en las que las personas que actúan como intermediarias son escogidas por sus méritos y por las labores comunitarias que han desarrollado. Funcionan como jueces y los conflictos se abordan en una sesión en la que se discuten y la autoridad va orientando esa discusión, hasta lograr los acuerdos correspondientes." (CHAVES RAMÍREZ, Alfonso E. "La conciliación" En: GONZÁLEZ ÁLVAREZ, Daniel (Compilador). Reflexiones sobre el nuevo Proceso Penal. 2da. Ed. San José (Costa Rica): Fondo editorial del Colegio de Abogados y la Asociación de Ciencias Penales, 1997, p. 171.

75 La remisión al Código Penal es aquí obligada. Sin embargo, cabe destacar que la valoración ha de hacerse desde una perspectiva concreta, de acuerdo con una estimación "ex ante" de la posible pena a imponer en el caso en cuestión. Por lo tanto, cabría pensarse en la aplicación incluso en los delitos tentados de gravedad. Es discutible el caso en que el tipo sanciona exclusivamente con penas no privativas de libertad, ante dicha interrogante bien podría decirse que si el Código permite su aplicación en delitos más graves, en estos también sería procedente.

76 En este sentido la definición de la REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la Lengua Española*, T. I, p. 531. CABANELLAS define conciliación como "Avenencia de las partes en un acto judicial, previo a la iniciación de un pleito. El acto de conciliación, que también se denomina juicio de conciliación (v.), procura la transigencia de las partes, con el objeto de evitar el pleito que una de ellas quiere entablar" (CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. *Diccionario Jurídico Elemental*, op. Cit. p. 81); CAPITAN apunta: "Latín conciliatio, derivado de conciliare, literalmente "congregar", de donde "conciliar" [...] Acuerdo entre dos personas

“un mecanismo con un rol que va más allá de la Observación y/o Verificación y que muchas veces es lo que facilita y promueve la búsqueda y encuentro de una solución alternativa del conflicto. Un conciliador busca, principalmente, cambiar la imagen que las partes se tienen una de la otra y poner sobre la mesa la posibilidad de salidas no violentas. La conciliación es un proceso en el cual una Tercera Parte (muy difícil que el conciliador se implemente por una de las partes) facilita la comunicación entre dos o más partes y con la atribución y capacidad potencial de orientar las discusiones facilitando la obtención de acuerdos diseñados y decididos exclusivamente por los Actores primarios. Para este mecanismo, es indispensable que el Conciliador participe a solicitud de las partes.”⁷⁷. El art. 37 contempla la posibilidad que el Ministerio Público solicite el asesoramiento de “mediadores” para facilitar un acuerdo. En cambio, la “mediación”, aunque semejante a aquélla, es menos formal, y está reducida a una o varias audiencias “cara a cara”, en donde el mediador intenta encontrar puntos de conexión. Como dice el mismo ORTEGA PINTO “el mediador facilita las cosas para que los que asisten a la audiencia puedan hablar francamente de sus intereses, dejando de lado sus posiciones adversas. Mediante las preguntas apropiadas y las técnicas adecuadas, se puede llevar a las partes hacia los puntos de coincidencia y, si ellas no llegan a un acuerdo, el mediador no puede tomar ninguna decisión...”⁷⁸ A diferencia del proceso contradictorio, la mediación tiene una estructura dialogal con mínimas formalidades, que ofrece un alto grado de participación al imputado y a la víctima⁷⁹. Garantía de que esa participación será espontánea y regida por la buena fe, es que, en caso de no llegarse a un acuerdo, los mediadores deben guardar secreto de lo dicho en estas deliberaciones y sus manifestaciones carecen de todo valor probatorio.

El fiscal y el juez deberán procurar activamente un arreglo negociado entre las partes, en plano de igualdad⁸⁰. Sin embargo, ambos han de tener especial consideración con los casos en que se

que se hallan en pleito, obtenido por intermedio de un juez.” (CAPITANT, Henry. *Vocabulario Jurídico*, traducción castellana de Aquiles Horacio Guaglianone, Depalma, Buenos Aires, 1973, p. 136); por otro lado COUTURE nos brinda la siguiente definición: “Acuerdo o avenencia de partes que, mediante renuncia, allanamiento o transacción hace innecesario el litigio pendiente o evita el litigio eventual [...] Del verbo *conciliar*, y éste del latín *concilio*, -are, derivado de *concilium*, -ii “asamblea, reunión” (de con- y calo, -are “convocar”) El *concilium* romano significaba una asamblea en general, y en particular una asamblea de la plebe. Como era en estas asambleas donde se reunía la gente para cerrar negocios, resolver diferendos, etc., el verbo *conciliare* que originalmente significaba “asistir al concilio”, tomó las diversas acepciones correspondientes a estas actividades. El derivado popular de *concilium* es *concejo*.” (COUTURE, Eduardo J., *Vocabulario Jurídico*, edición al cuidado de Jorge Peirano Facio y José Sánchez Fontáns, Depalma, Buenos Aires, 1976, p. 159).

- 77 ORTEGA PINTO, Herbert David, “La teoría del conflicto y la resolución de conflictos”. En: COSTA RICA. ESCUELA JUDICIAL. UNIDAD DE RESOLUCIÓN ALTERNATIVA DE CONFLICTOS, *Conciliación Judicial*, antología de la Unidad de Resolución Alternativa de Conflictos del Poder Judicial de Costa Rica, San José, Costa Rica, 1999, p. 101. Sobre el tema de la conciliación véase además: FISCHER, Roger y URY, William. *Sí de acuerdo! Como negociar sin ceder*, traducción de Eloisa Vasco Montoya, Editorial Norma, Colombia, 1985, 182 p. BENAVIDES SANTOS, Diego et. al., *Ensayos de conciliación*, CONAMAJ, San José, Costa Rica, 2003, 189 p.; WILDE, Zulema D. y GAIBROIS, Luis M., *Qué es la mediación*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1994, 117 p.; ARMILLO SANCHO, Gilbert, LLOBET RODRÍGUEZ, Javier y RIVERO SÁNCHEZ, Juan Marcos, *Nuevo proceso penal y constitución*, 1º edición, IJSA, San José, Costa Rica, 1998, pp. 187-222.; COSTA RICA, PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. *Seminario sobre la participación de la Procuraduría General de la República en la Resolución Alternativa de Conflictos*, Imprenta Nacional, San José, Costa Rica, 2000, 188 p.; ZULITA FELLINI (directora), *Mediación Penal. Reparación como tercera vía en el sistema penal juvenil*, op. Cit.; GONZALEZ ALVAREZ, Daniel. “La conciliación penal en Iberoamérica”. *Revista de Ciencias Penales*, Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, Noviembre, 2000, Año 12, N°18., pp. 115-140; CORTÉS COTO, Ronald. “Algunos apuntes sobre la legitimación para conciliar en el nuevo código procesal penal. *Revista de Ciencias Penales*, Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, mayo, 1999, Año 11, N°16, pp.93- 101, entre tantos otros.
- 78 ORTEGA PINTO, Herbert David, “La teoría del conflicto y la resolución de conflictos”, op. Cit., p. 128.
- 79 Se habla de víctima y del imputado por ser los “protagonistas del conflicto”. No obstante, ha de dársele una audiencia al Ministerio Público, porque, aunque la norma no lo contemple, este órgano puede solicitar el archivo de la causa (art. 281 C.P.P) y que es necesario que conozca los términos del acuerdo. Además, si el Ministerio Público considera que ha mediado coacción o amenaza, podrá desestimar la conciliación e iniciar o continuar la investigación.
- 80 Al respecto comenta: “El plano de igualdad no debe confundirse con igualdad en el asesoramiento letrado, sino que debe existir un plano de igualdad en las obligaciones y renuncias a las que lleguen las partes, de manera que no se de un desbalance de poder. Conforme se ha afirmado, lo que se pretende es evitar acuerdos abusivos que afecten los intereses de una de las partes,

ventilen agresiones sexuales (sin que importe la edad de la víctima), violencia intrafamiliar (sin que importe el sexo del ofendido) y en aquellos supuestos en que el ofendido sea un menor de edad (sin que importe entonces el delito), porque en esos casos hay una relación especial de poder que dificulta un acuerdo en el plano de la igualdad. Los dos últimos casos están regulados en el artículo 38 in fine que expresamente le prohíbe al Ministerio Público procurar la conciliación si no ha mediado una solicitud expresa de la víctima o su representante. Sin embargo, no puede decirse que en tales delitos hay una imposibilidad absoluta de aplicar la conciliación ya que al tratar conductas humanas la casuística será siempre la regla.

Los artículos 39, 44.10 establecen el efecto extintivo sobre la acción penal que tiene la conciliación. No obstante, el archivo dispuesto ha de ser notificado de conformidad con lo dispuesto por el artículo 283 C.P.P. En efecto, tanto imputado como víctima podrán objetarlo alegando que ha mediado coacción o amenaza al momento de realizar el acuerdo. De seguido el juez convocará a una audiencia en el plazo de cinco días, para dictar lo que proceda, y su decisión es pasible de apelación.

El cumplimiento de lo pactado extingue la acción penal, y regula el código que si el imputado incumple **sin justa causa** con lo pactado, el procedimiento continúa como si nunca se hubiera conciliado. Cabe preguntarse qué sucede si el imputado tiene una **causa justa** que motive su incumplimiento. Ante el silencio del C.P.P. hemos de interpretar que en este caso, el juez, previa audiencia a las partes, puede ampliar el plazo para cumplir con lo acordado. Esta es la única solución compatible con el principio de solución del conflicto que informa el proceso penal en la reforma.

Se le ha criticado a este tipo de medidas que "...incorporar mecanismos de conciliación, mediación o arbitraje, con independencia de que terminen o no con la imposición de una pena, suponen una quiebra del principio de necesidad. Además y según se ha venido denunciando, la flexibilidad característica de los acuerdos de reparación puede llevar a vulnerar garantías esenciales del Estado de Derecho, y entre ellas las derivadas de los principios de legalidad – ya citado–, igualdad o proporcionalidad (ROXIN, HASSEMER, MUÑOZ CONDE)"⁸¹ Sin embargo, ya hemos visto que la incorporación de mecanismos de justicia restaurativa no implica la desjuridización del proceso, los mecanismos de control de las garantías del debido proceso han sido incorporados en el código, y depende tanto de los órganos públicos (fiscal y juez), como de las propias partes, que el proceso de negociación se lleve a cabo en términos que respete esas garantías.

Por último, MAIER nos ha llamado la atención sobre el talón de Aquiles de estas nuevas soluciones de justicia "negociada". Dice el ilustre procesalista: "*Quizás el único argumento incontestable en contra de esta diversificación del sistema penal sea el hecho de que, acudiendo a la verdad consensual como eje del sistema, aún parcialmente, las diferencias socio-económicas existentes en el seno social son trasladadas directamente a la solución del conflicto. Históricamente, inclusive éste fue el talón de Aquiles del sistema compositivo, vigente en la primera parte de la Edad media, y una de las bases argumentales de su desaparición a manos de la Inquisición. Los más poderosos predominan sobre los débiles y, por ello, están en mejores condiciones de forzar una satisfacción, como de escapar a la pena, reparando el daño causado. El sistema penal, entonces, produce, directamente, una selección en el*

especialmente de la víctima" CORTÉS COTO, Ronald. La etapa preparatoria en el nuevo proceso penal, 1º ed., IJSA, San José, Costa Rica, 1988, p. 118.

81 ARMENTA DEU, Teresa. "El proceso penal: nuevas tendencias, nuevos problemas". Revista de Ciencias Penales, Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, Agosto, 1997, Año 9, N°13, p. 22.

sentido expresado, que, observada modernamente, resulta intolerable.”⁸² Esta crítica, obliga a que los funcionarios encargados de poner en la práctica las “modernas” soluciones de justicia restaurativa, procedan con mucha cautela para no impedir el acceso a la justicia a aquellas personas en desventaja socio-económica, ni permitir que se llegue a acuerdos abusivos para una de las partes, sólo así la ley se aplicará igual para todos.

III.2.5.3 La suspensión condicional del proceso

Uno de los mecanismos que tiende a reparar el tejido social dañado por el delito y a devolver a la víctima el papel protagónico que hasta ahora se le había quitado, es precisamente la suspensión condicional del proceso (en adelante la “suspensión”).⁸³ En este sentido, el citado instituto constituye una de las transformaciones introducidas por las modernas tendencias que intentan paliar la crisis que enfrenta la justicia penal. Se ha afirmado con acierto que: “la suspensión del proceso a prueba tiene su base, entre otros aspectos, en los principios de proporcionalidad y de racionalidad de la reacción estatal, al estimarse indispensable realizar algún tipo de selección y no aplicar la sanción penal frente a una persona que ha cometido un hecho delictivo de poca relevancia, y que hasta ese momento no había delinquido antes, siempre que se pueda sustentar de alguna manera la probabilidad de que se comportará correctamente al dársele una segunda oportunidad sin enviarlo a la cárcel.”⁸⁴

La reforma tiene, al igual que otras naciones del continente, como antecedente el movimiento en torno al Código Procesal Modelo para Iberoamérica, art. 231, en el que se le denomina “suspensión del proceso a prueba”⁸⁵, así como la Ordenanza Procesal Penal Alemana, cuya disposición 153a establece el “archivo del proceso en caso de cumplimiento de condiciones y mandatos”, al que denomina también “archivo condicional del procedimiento”⁸⁶. Vale aclarar que pareciera más preciso denominarla “suspensión condicional del proceso” y no del “procedimiento”, ya que el término procedimiento no es exclusivo del ámbito jurisdiccional (hay procedimientos

82 MAIER, Julio B.J., “El sistema penal hoy: entre la inquisición y la composición”, op. cit., pp. 147-148.

83 Conocida en otros ordenamientos como “suspensión del proceso a prueba”. Decía en Argentina el diputado Hernández al someter a sus pares el proyecto que finalmente introdujo la suspensión del proceso a prueba en la nación sudamericana (Ley 24.316): “No se trata de dejar sin respuesta al delito, como decía Jescheck, sino que se pretende evitar el mal en la aplicación o reducirlo lo más posible... Se trata de una innovación importante, como parte de un concepto de resocialización que no requiere ni la condena ni la declaración de culpabilidad por parte del imputado” (Cámara de Diputados de la Nación. Diario de Sesiones”, 6ª reunión, 21/6/1993, pp. 1286 y ss.) (Véase STIPPEL, Jörg y MARCHISIO, Adrián (coord.), *Principio de Oportunidad y Salidas Alternativas al Juicio Oral en América Latina*, op. Cit., p. 144). En este sentido coincidimos con HASSEMER en la conveniencia de aplicar “tanta legalidad como sea posible y tanta oportunidad como sea... necesaria” (Citado por BOVINO, Alberto. *La suspensión del procedimiento penal a prueba en el Código Penal Argentino*, op. Cit. p. 223.

84 GONZÁLEZ ALVAREZ, Daniel, en su introducción al libro de PORRAS VILLALTA, Mario Alberto, SALAZAR MURILLO, Ronald y SANABRIA ROJAS, Rafael Ángel. *La aplicación de la suspensión del proceso a prueba en Costa Rica (de la teoría a la praxis)*, 1 ed., Editorial Jurídica Continental, San José, Costa Rica, 2003, p. 8.

85 La exposición de motivos del Código Modelo para Iberoamérica justifica de modo claro la procedencia de dicho instituto afirmando que: “...es un instrumento probado como eficaz en el derecho comparado, que permite prescindir de la persecución penal íntegra, en aquellos casos en que no se vislumbra como aconsejable la aplicación final de una pena efectiva. Esta herramienta a la par de constituir, junto con otras, la forma de diversificar los modos de solucionar ciertos conflictos sociales para los que hoy se receta una pena, constituye una de las piezas indispensables para descargar la administración de aquellos casos de menor importancia, prescindibles según las variaciones sociales, con el fin de ingresar al sistema aquellos que, sin duda, deben ser procesados por él.” Citado por Guillermo Piedrabuena Richard, fiscal nacional de Chile. En: STIPPEL, Jörg y MARCHISIO, Adrián, coord., *Principio de Oportunidad y Salidas Alternativas al Juicio Oral en América Latina*, op. Cit., p. 314.

86 Cfr. al respecto PORRAS VILLALTA, Mario Alberto y otros, *La aplicación de la suspensión del proceso a prueba en Costa Rica (de la teoría a la praxis)*, op. cit., pp. 21-22 y STIPPEL, Jörg y MARCHISIO, Adrián, (coord.), *Principio de Oportunidad y Salidas Alternativas al Juicio Oral en América Latina*, op. Cit., p. 314. Cfr. al respecto PORRAS VILLALTA, Mario Alberto y otros, *La aplicación de la suspensión del proceso a prueba en Costa Rica (de la teoría a la praxis)*, op. cit., pp. 21-22 y STIPPEL, Jörg y MARCHISIO, Adrián, (coord.), *Principio de Oportunidad y Salidas Alternativas al Juicio Oral en América Latina*, op. Cit., p. 314.

administrativos, legislativos, etc.), siendo que “jurisdicción y proceso” son realidades correlativas e interdependientes conceptualmente: sin proceso no hay ejercicio de la actividad jurisdiccional, aunque para algunos tratadistas (especialmente del Derecho Administrativo) el proceso - como institución jurídica - tiene naturaleza administrativa. Lo que sí resulta cierto es que todo proceso se desarrolla formalmente a través de uno o varios procedimientos.⁸⁷

Los principales fines de este instrumento político criminal son: a) una reasignación eficiente de los recursos del sistema penal de acuerdo con criterios razonables y controlables de persecución penal; b) disminuir la criminalización secundaria y evitar el etiquetamiento formal de la persona condenada por el sistema penal, c) un relevante descongestionamiento del sistema judicial, y d) propiciar la solución del conflicto social e interpersonal provocado por el hecho delictivo.

Es innegable que la exigencia del plan de reparación del daño causado por el delito mediante acuerdo firmado con la víctima o bien, garantía suficiente de la obligación, que incorpora como requisito el art. 40 párrafo 2º C.P.P. tiene una fuerte influencia de modernas tendencias político criminales que impulsan el concepto de la justicia restaurativa y la reivindicación de los intereses de la víctima dentro del sistema penal⁸⁸.

En Argentina, cuyo art. 76 bis dispone también la obligación de reparar el daño causado, la doctrina procesal señala que: *“Hay consenso en la doctrina respecto a que, esta exigencia, se vincula con los nuevos fines que, en los más modernos desarrollos político criminales, se le otorga a la reparación. Como lo reconoce Luis M. García: “(...) esta norma es novedosa, al hacer depender la prosecución del juicio, entre otros extremos, de la falta de una satisfacción o reparación razonable a quien aparecía como afectado por el hecho delictivo. Si hay tal satisfacción (rectius, como veremos enseguida si hay un ofrecimiento de reparación) el Estado se muestra inclinado a prescindir del juicio penal, y como consecuencia de ello, de una sentencia de condena, en la medida en que ello satisfaga aún la conciencia de efectividad o vigencia del orden jurídico. Aquí se hacen evidentes de modo práctico las relaciones entre el principio de subsidiariedad, la reparación y la idea de prevención general positiva”*⁸⁹

87 Esto porque, a pesar de que ambas palabras tienen la misma raíz etimológica (“procedere”), no es menos relevante destacar en el segundo la “... nota de actuación externa, el trabajo que pudiéramos llamar administrativo que se realiza en cualquier actividad jurídica, y, por tanto, también en ésta, mientras que en el primero es necesario tomar en consideración la estructura y los nexos que median entre los actos, los sujetos que los realizan, la finalidad a que tienden, los principios a que responden, las condiciones de quienes los producen, las cargas que imponen y los derechos que otorgan ... mientras que existe procedimiento en cualquier actividad jurídica, el proceso – dentro naturalmente del mundo del derecho - es propio de la actividad jurisdiccional”. (Cfr: al respecto la obra de MONTERO AROCA, Juan. Introducción al Derecho Procesal, Madrid, España, Editorial Tecnos, 1976, p. 204, entre mucho otros que distinguen correctamente ambos términos).

88 “Según ROXIN, en la prevención general positiva se pueden distinguir tres fines y efectos distintos, si bien imbricados entre sí: el efecto de aprendizaje, motivado social pedagógicamente; el ejercicio en la confianza del Derecho que se origina en la población por la actividad de la justicia penal y, finalmente, el efecto de satisfacción, que aparece cuando el delincuente ha hecho tanto que la conciencia jurídica se apacigua (por eso, también este efecto lo denomina, indistintamente, como de “pacificación”) acerca de la infracción al Derecho y da por finalizado el conflicto con el autor.[...] Sobre la base de este último efecto (de “satisfacción” o de “pacificación”). ROXIN construye el significado preventivo general de la reparación. Al respecto afirma (...) la reparación del daño es muy útil para la prevención integradora (...), al ofrecer una contribución considerable a la restauración de la paz jurídica. Pues sólo cuando se haya reparado el daño, la víctima y la comunidad considerarán eliminada –a menudo incluso independientemente de un castigo- la perturbación social originada por el delito”. (CESANO, José Daniel. “Reparación y Resolución del Conflicto Penal: su tratamiento en el código penal argentino”. En: *Nuevas Formulaciones en las Ciencias Penales*, Carlos Julio Lascano, director Editorial, Marcos Lerner Editora Córdoba, La Lectura libros jurídicos, Córdoba, Argentina, 2001 pp. 504-505. Cfr: también ROXIN, Claus. “La reparación en el sistema de los fines de la pena”. En: *AAVV, De los delitos y de las víctimas*, Julio B.J. Maier Compilador, Ad Hoc, 1º edición, 1992, Buenos Aires, Argentina, pp. 129-156). Es interesante anotar aquí que el Código Penal (federal) de Canadá ya incluye a la reparación como uno de los fines de la pena (Cfr: Art. 718 citado por CESANO, José Daniel. “Reparación y Resolución del Conflicto Penal: su tratamiento en el código penal argentino”, op. Cit., p. 505.) Sobre la influencia de esta corriente en el Código Procesal Penal se ha pronunciado también LLOBET (Cfr: LLOBET RODRÍGUEZ, Javier. *Proceso Penal Comentado*, 2º edición, Editorial Jurídica Continental, 2003, p.53). Véase además ARMILLO SANCHO, Gilbert. LLOBET RODRÍGUEZ, Javier, y RIVERO SÁNCHEZ, Juan Marcos. *Nuevo proceso penal y constitución*, 1º edición, IJSA, San José, Costa Rica, 1998, pp. 194-196, y PORRAS VILLATA, Mario Alberto y otros. *La aplicación de la suspensión del proceso a prueba en Costa Rica (de la teoría a la praxis)*, op. cit., pp. 53-55.

89 CESANO (José Daniel), *Reparación y Resolución del Conflicto Penal: su tratamiento en el código penal argentino*, op. Cit., pp. 523-524.

Medidas de corte similar a la suspensión condicional del proceso ya se han implantado en los ordenamientos de Argentina⁹⁰, Brasil⁹¹, Bolivia⁹², Chile⁹³, El Salvador⁹⁴, Guatemala⁹⁵, Paraguay⁹⁶ y Venezuela⁹⁷, con resultados positivos. Comentaba al respecto el fiscal nacional de Chile: "la incorporación de este mecanismo de política criminal encuentra sólidas bases, si se piensa, por una parte, que se trata de evitar los efectos negativos, estigmatizantes y desocializadores que enfrenan quienes por primera vez toman contacto con el sistema penal, abriendo espacio para reinserción social y, por la otra, que se persigue descargar el sistema para concentrar los esfuerzos, como se ha dicho, en los casos más graves que requieren con mayor propiedad de un juzgamiento pleno".⁹⁸

De acuerdo con la forma en que se regula la institución en la legislación dominicana aprobada, su antecedente inmediato corresponde a lo que en el derecho comparado - en particular en el anglosajón - se conoce como "*diversion*"⁹⁹. Por la similitud que presentan las condiciones impuestas al que se somete a la suspensión condicional del proceso se podría intentar asimilarlas con una sanción. Sin embargo, ni la suspensión ni las condiciones que se imponen al que se somete a ella constituyen técnicamente una sanción, ya que no se ha dado un juicio previo y la declaratoria acerca de la culpabilidad o no del imputado.¹⁰⁰ Cabe advertir entonces que por el hecho de otorgarse la suspensión del proceso, no desaparecen los elementos configurantes del delito por el cual aquella se decretó, pues su efecto se circunscribe únicamente sobre la determinación de la punibilidad, la cual queda bloqueada u obstaculizada de modo provisorio o definitivo si es que se cumplen las condiciones fijadas en el plazo concedido.

90 Incorporado por la ley nacional N°24.316 en el año de 1994, a través de la reforma del Código Penal, que agregó a su Título XII, los arts. 76 bis, 76 ter y 76 quater.

91 Art. 89, Ley N° 9.099 del 26-9-1995. Cfr. Al respecto BARBOSA MOREIRA, José Carlos. "La transacción penal brasileña y el derecho norteamericano". Revista de Ciencias Penales. Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, Marzo, 2000, Año 12, N°17, pp. 49-53.

92 Incorporado en el nuevo Código de Procedimiento Penal (Ley 1970 del 25 de marzo de 1999), artículos 21-27.

93 Artículos 237 y ss. del Código Procesal Penal.

94 Artículo 22 del Código Procesal Penal.

95 Artículo 27 del Código Procesal Penal.

96 Cfr. artículos 21, 22, 23, 25, 68, 301, 308, 309, 314, 351, 352, 353, 354, 356 y 358 del Código Procesal Penal de ese país.

97 Artículos 37 al 42 del Código Orgánico Procesal Penal de Venezuela que entró en vigencia el 1 de julio de 1999.

98 Informe del Fiscal Nacional de Chile, Guillermo PIEDRABUENA RICHARD. En: STIPPEL, Jörg, y MARCHISIO, Adrián (coord.), Principio de Oportunidad y Salidas Alternativas al Juicio Oral en América Latina, p. 317.

99 Existe en castellano poca información sobre los institutos anglosajones de la "probation" y la "diversión" en el sentido estricto del término. Básicamente se puede señalar que la primera es una suspensión condicional de la sentencia y la segunda es una suspensión de la persecución. En esta materia se seguirá lo indicado por MARINO, op. Cit., y por MAIER, Derecho..., op. Cit., Además puede consultarse la obra de: DE OLAZABAL (Julio), Suspensión del proceso a prueba, Buenos Aires, Argentina, Editorial Astrea, s.f.e., pp. 18 y 19. Cabe advertir que algún sector doctrinal identifica la suspensión del proceso a prueba con la "probation". Sin embargo, es criterio mayoritariamente aceptado que deriva de la diversión. "La diversión o suspensión de la persecución penal es un instrumento de derivación de causas penales por otros conductos formales de control. Esta facultad está a cargo de los fiscales que la disponen por aplicación de criterios de oportunidad. La diversión consiste en la desestimación de los cargos, por parte del Fiscal, bajo la condición de que el imputado preste su consentimiento para someterse, por un período de tiempo determinado, a un programa de rehabilitación sin encarcelamiento, y de que cumpla con las obligaciones que al respecto se le impartan. Si la prueba es satisfactoria, se renuncia definitivamente a la persecución penal respectiva, sin ninguna consecuencia penal. Si, por el contrario, la persona sometida a diversión incumple alguna de las observaciones, se retoma la persecución penal contra él." (Cfr. MARINO, op. Cit., p. 36.) Nótese que la diferencia entre los dos institutos de comentario es sustancial. Mientras la "diversión" se produce con anterioridad al juicio, la "probation" exige que este se haya producido y que sólo esté pendiente el dictado de sentencia. Así, el incumplimiento de las condiciones de la prueba acarrea efectos distintos según se esté en uno o en otro régimen condicional. Si se falla la prueba de la diversión, el resultado es que se retoma la persecución penal y se inicia el juicio para determinar la culpabilidad del imputado. En cambio, la revocación de la probation conlleva el dictado - que se encontraba suspendido - de la sentencia.

100 En este sentido DE OLAZÁBAL (Julio), Suspensión del proceso a prueba, op. Cit., p. 20.

Lo anterior permite afirmar que dicho instituto viene a conformar una nueva forma de extinción de la acción penal, como expresamente lo establece el artículo 44 inciso 7 (si es que no se produce su revocatoria antes del término acordado para su cumplimiento), pues, a diferencia del perdón condicional de la pena, la suspensión no determina una pena, ya que por razones obvias ésta sólo puede imponerse después de un juicio previo.

Del mismo modo, la doctrina más calificada señala con acierto que se trata de una institución bifronte, “*en cuanto si por una parte tiene la predicada capacidad extintiva de la acción, por otra se manifiesta claramente como instauradora de un principio de oportunidad en el ejercicio de las acciones penales*”¹⁰¹. Ello ocurre de ese modo por cuanto el otorgamiento al ministerio público y al juez, e inclusive a la víctima, de la capacidad para decidir acerca de la pretendida paralización del juicio o de su prosecución, importa introducir una excepción al ejercicio oficioso de las mencionadas acciones.

El artículo 40 del nuevo Código Procesal Penal regula la procedencia de la suspensión condicional del proceso, la que relaciona con el instituto de la suspensión condicional de la pena, de la que se diferencia precisamente por no llegar hasta la sentencia condenatoria, permitiendo hacer al principio lo que al final está también autorizado. Según lo dispuesto en aquel artículo en los casos en que proceda la suspensión condicional de la pena¹⁰², el imputado puede solicitar la suspensión condicional del procedimiento, para lo cual debe presentar: a) un plan de reparación del daño causado por el delito, que debe estar firmado en conjunto con la víctima, o bien una garantía suficiente para cumplir con ese plan de reparación y b) una manifestación de conformidad con la suspensión, lo que implica admitir los hechos que se le atribuyen (aunque no se diga, sería oportuno que conjuntamente con la solicitud se presente el detalle de las condiciones que estaría dispuesto a cumplir el imputado, dada la naturaleza voluntaria del instituto). Ese plan podría consistir en la conciliación con la víctima, la reparación natural del daño inflingido o una reparación simbólica, inmediata o por cumplir a plazos.

Si no se cumplen las condiciones establecidas por la ley, el juez debe rechazar la solicitud pero, la admisión de los hechos por parte del imputado **no constituye una confesión y carece de valor probatorio**.

La solicitud de suspensión condicional del proceso puede ser verbal o escrita, debe contener la admisión de los hechos, un plan de reparación y, en el mejor de los casos, un detalle de las condiciones que se está dispuesto a cumplir. Es posible plantear el tema hasta antes de que se ordene la apertura a juicio, sin embargo, el imputado no es exclusivo titular del derecho a solicitar la suspensión condicional del proceso como ocurre en otras legislaciones del continente¹⁰³. Por ejemplo, el artículo 293 inc. 3) C.P.P. le otorga al fiscal la posibilidad de solicitar la suspensión cuando concluye su investigación y así lo considere procedente.

101 Cfr. al respecto op. Cit. de DE OLAZÁBAL, pp. 22-23.

102 En consecuencia, los presupuestos de admisibilidad y otorgamiento de la suspensión condicional de la pena son trasladados al régimen de la suspensión condicional del procedimiento, la que a su vez le permite imponer sus mismas reglas a la primera, de acuerdo con el art. 34 I. Hay que destacar que nuestro código no hace distinciones con respecto a la condición del sujeto activo del delito como lo hacen otras legislaciones (por ejemplo el artículo 76 bis, párrafo VII de la legislación argentina, que prohíbe la aplicación del instituto cuando hubiese participado un funcionario público).

103 Véase BOVINO (Alberto), *La suspensión del procedimiento penal a prueba en el Código Penal Argentino*, op. Cit. p. 93 y ss.

Ha de tenerse muy claro que una solicitud de esta clase no implicará jamás una renuncia al derecho constitucional de la presunción de inocencia, que se mantiene inalterable hasta que exista una sentencia condenatoria firme¹⁰⁴, por lo que todas las medidas que se tomen serán impuestas a una persona jurídicamente inocente.

La presentación de la solicitud de suspensión condicional del proceso provocará las siguientes actividades: a) control judicial por parte del tribunal de la etapa intermedia (319. párrafo 3 CPP) de la razonabilidad y legalidad del ofrecimiento¹⁰⁵; b) señalamiento de una audiencia oral para escuchar al fiscal, la víctima de domicilio conocido y al propio imputado, o bien el dictado de una resolución que difiere el asunto para la audiencia preliminar¹⁰⁶; c) decisión de la víctima sobre la aceptación o rechazo de la reparación ofrecida¹⁰⁷; d) toma de posición del fiscal sobre la procedencia de la medida¹⁰⁸; e) verificados todos los requisitos, el dictado de la resolución que ordena la suspensión condicional del proceso¹⁰⁹, en que se fijarán las condiciones conforme a las cuales se suspende el proceso, las cuales no pueden tener un plazo menor de un año ni superior de tres¹¹⁰; si no es así debe rechazar la solicitud. Esto lo hace, conjuntamente con la aprobación o modificación del plan de reparación (el juez deberá enviar copia de la resolución a la Oficina Especializada que servirá para abrir el expediente administrativo correspondiente)¹¹¹; f) lo resuelto no tiene apelación, salvo que el imputado considere que las reglas son inconstitucionales o excesivas, o bien que el juez se haya excedido en sus facultades.

Requisito indispensable para el otorgamiento del beneficio es que el imputado admita el hecho que se le atribuye¹¹² (art. 40 párrafo 2º), aspecto este que podría ser objeto de cuestionamiento

¹⁰⁴ En este sentido LLOBET RODRÍGUEZ (Javier), *Proceso Penal Comentado*, op. Cit., p. 97.

¹⁰⁵ El tribunal competente para resolver sobre la suspensión es el de la etapa intermedia (art. 301.3 C.P.P.), aunque no hay claridad sobre el punto, así parece desprenderse de lo regulado por el artículo 293.3 C.P.P. y 299.3. C.P.P.

¹⁰⁶ Es requisito necesario la realización de la audiencia oral que ordena el art. 41 º, y al finalizar la misma el juez resolverá de inmediato. En esa audiencia debe estar presente el imputado, y se le debe advertir expresamente acerca de las reglas de conducta y las consecuencias de su incumplimiento. Lógicamente el señalamiento a la referida audiencia no va a ser necesario si la petición se formula en la misma audiencia preliminar.

¹⁰⁷ En el caso de que no hubiera firmado ya el acuerdo de reparación.

¹⁰⁸ Si efectuada la solicitud aún no existe acusación, el Ministerio Público debe describir el hecho que se le imputa, esto con el objeto de que el imputado pueda conocer en concreto cuál es la hipótesis fáctica que debe aceptar.

¹⁰⁹ Los efectos de la resolución que concede la suspensión a prueba son los siguientes: A) Detención del curso del proceso por el plazo de duración del régimen de prueba. Una vez acordada la suspensión, el fiscal ve limitadas sus facultades de investigación. Sin embargo, según dispone el artículo 289 CPP "El Ministerio Público debe asegurar los elementos de prueba esenciales sobre la infracción, aun cuando se **haya dictado la suspensión del procedimiento...**". B) Suspensión de la prescripción. El art. 48 inc. 5) del C.P.P. establece que durante el plazo del período de prueba, el cómputo de la prescripción se suspenderá. De no cumplirse con las condiciones o el plan de reparación propuesto, o bien si se comete un nuevo delito dentro del plazo de prueba, el proceso se reanuda y no podrá solicitarse la prescripción de la acción penal basándose en el tiempo transcurrido durante el régimen de prueba. C) Toda medida de coerción de carácter personal que haya sido impuesta antes, será reemplazada por las condiciones establecidas en el régimen de prueba. D) No se produce prejudicialidad con respecto a los imputados no beneficiados con la suspensión a prueba.

¹¹⁰ Hay que destacar que el artículo 41 obliga a realizar una evaluación previa para fijar las reglas de conducta. En ningún caso el juez puede imponer medidas más gravosas que las solicitadas. Sin embargo, bien podría fijar otras – menos gravosas – que cumplan de mejor manera los objetivos de la suspensión.

¹¹¹ Es recomendable la existencia de una oficina especializada de control administrativo para facilitar el cumplimiento de las medidas.

¹¹² La normativa no requiere que esta admisión sea detallada, ni obliga a cumplir con formalidades especiales, por lo que ha de concluirse que basta una aceptación pura y simple de la hipótesis acusatoria. Como ha dicho BINDER: "...es el imputado quien tiene el señorío y el poder de decisión sobre su propia declaración. Consecuentemente, sólo él determinará lo que quiere o no le interesa declarar" (BINDER, Alberto. *Introducción al Derecho Procesal Penal* citado por GARCÍA AGUILAR, Rosaura. *La suspensión del proceso a prueba en materia penal*, op. Cit. p. 114, en nota 195. Como reflexión de lege ferenda debe anotarse que la exigencia de la aceptación de los hechos por parte del imputado no es esencial para que se configure un procedimiento de suspensión constitucionalmente válido, bastaría con que el imputado manifestara su conformidad con la aplicación del instituto. Para MAIER el fundamento de la exigencia es de orden práctico, "...se trata, pues, de asegurar la finalidad preventivo-especial de este beneficio, impidiendo que el imputado deje de cumplir con las obligaciones legales e instrucciones impartidas por el Tribunal, especulando con la pérdida o destrucción, por el mero transcurso del tiempo, de los elementos el cargo que sustentan la imputación. Sin embargo, frente

ante la garantía constitucional que establece que “nadie está obligado a declarar contra sí mismo”. Pero la respuesta se encuentra en el mismo contexto de la norma procesal que autoriza la suspensión, en cuanto a que no se le impone al imputado en ningún momento que admita los hechos que le son atribuidos. Se trata, más bien, de una opción (libre y voluntaria) a la que él puede acogerse si así lo considera pertinente y le es autorizada en los casos que la ley lo permite. Si no desea aceptar los hechos (porque estima no haberlos realizado o por creer que tiene mejores probabilidades de salir bien librado), está en su derecho de hacerlo, sin que se le pueda sugerir por el juez o por el Fiscal que la primera opción le puede ser más favorable (ello quedará sólo al consejo de su defensor y a su propia voluntad). Cabe agregar que aún si fallara la prueba, esta declaración del imputado no puede tomarse como confesión - independientemente de que la confesión de parte no constituye plena prueba en materia penal -, sino que al retomarse el ejercicio de la acción penal corresponde al Estado, de conformidad con el principio constitucional de inocencia (art. 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) y lo regulado en el artículo, su declaración carece de valor probatorio y no podrá hacerse mención de ella en ningún momento posterior. En efecto, hay una imposibilidad de utilizar la declaración como prueba o bien, cualquier otro elemento de convicción que se haya derivado de ésta.

La resolución del tribunal que ordena la suspensión condicional del proceso podrá ser revocada cuando a) el imputado, de manera considerable y de forma injustificada, se aparte de las condiciones que le impuso el órgano jurisdiccional, b) cuando cometa una nueva infracción, para lo cual se requiere al momento de agotarse el plazo de prueba, la existencia de una sentencia condenatoria firme que así lo establezca, o c) si el imputado incumple el plan de reparación¹¹³. Para que se proceda a la revocatoria el juez a solicitud del Ministerio Público puede ordenar en audiencia, mediante auto fundado, acerca de la reanudación de la acción penal¹¹⁴. Aunque el código no lo reguló, debe concluirse que si el imputado cumplió con todos sus compromisos antes del tiempo fijado en la resolución, nada obsta para que el juez decreta extinción de la acción penal de forma anticipada¹¹⁵. Por el contrario, al tratarse de circunstancias que limitan el disfrute del instituto no podrían utilizarse otros supuestos no comprendidos en el artículo para decretar la revocatoria.¹¹⁶

Podría surgir un problema en la práctica si para dilucidar el incumplimiento o no de las reglas de conducta se tuviera que recibir prueba. El problema se agravaría si el incumplimiento de la

*a este argumento existen dos objeciones de importancia que será preciso tener en cuenta al momento de decidir por la inclusión o exclusión de este requisito. La primera plantea que la aceptación de la veracidad de los hechos provoca una declaración coactiva del supuesto autor que de otro modo no se hubiera producido. La segunda se refiere a la legalidad de una acusación que se formule sobre la base de una declaración obtenida coactivamente en el caso de que se retorne contra el supuesto autor el ejercicio de la acción penal” MAIER citado por MARINO, Esteban. “Suspensión del procedimiento a prueba” En: MAIER, Julio B.J. compilador; *El nuevo Código Procesal Penal de la Nación. Análisis crítico*, op. Cit. p. 30. En el mismo sentido se expresa el autor en “La víctima y el sistema penal”, (Cfr: AAVV, *De los delitos y de las víctimas*, Julio B.J. Maier Compilador; op. Cit. p. 232.) Ante esta posición cabe argumentar con BOVINO y LLOBET, que, en todo caso, esa admisión no puede ser utilizada en su contra (Véase el comentario de LLOBET así como el resumen de la posición de BOVINO en LLOBET RODRÍGUEZ (Javier), *Proceso Penal Comentado*, op. Cit., pp. 96- 97. Allí LLOBET indica que con la admisión del hecho lo que se trata es de darle legitimidad a la suspensión a prueba, por tratarse de restricciones importantes a la libertad del imputado. Tal postura no es incompatible con lo que aquí se sostiene, porque bastaría para darle legitimidad que el imputado consintiera libre y voluntariamente dichas restricciones). En todo caso, cabe decir que el Ministerio Público tiene la facultad de asegurar los elementos de prueba esenciales sobre la infracción, aún en el caso de que se haya dictado la suspensión condicional del proceso (art. 289 C.PP), de manera que la inquietud de MAIER perdería mucha fuerza en este contexto normativo.*

113 Igual habría que interpretar que se trata de un incumplimiento de carácter esencial.

114 Como se indicó se requiere que la revocatoria sea dispuesta antes del vencimiento del plazo de la suspensión del proceso a prueba (art. 44.7 C.PP).

115 En este sentido también se pronuncian PORRAS VILLALTA, Mario Alberto, SALAZAR MURILLO, Ronald y SANABRIA ROJAS, Rafael Ángel. *La aplicación de la suspensión del proceso a prueba en Costa Rica (de la teoría a la praxis)*, op. Cit., p. 87.

116 GARCÍA AGUILAR, Rosaura. *La suspensión del proceso a prueba en materia penal*, op. Cit. pp. 146-147.

regla constituyera por sí mismo un delito, ya que se plantearía la interrogante si la audiencia que realiza el Tribunal estaría adelantando, en cierta manera, el proceso por el otro ilícito. No parece que haya problema para recibir esa prueba, ya que lo allí dispuesto no hace cosa juzgada con respecto al otro proceso instaurado y es únicamente una diligencia para efectos de la suspensión condicional del proceso.

Por último, si el imputado que se vio favorecido por la suspensión fuere privado de su libertad debido a la existencia de otro proceso, entonces podrá suspenderse el plazo de prueba¹¹⁷. En cambio, si existiere otro proceso en su contra pero no se le priva de su libertad, entonces seguirá corriendo el plazo de prueba. Sin embargo, no podrá decretarse la extinción de la acción penal, aun si se vence el plazo de prueba, sino hasta que quede firme la resolución que lo exima de responsabilidad por el nuevo proceso.

Este artículo lleva a reflexionar que el Código Procesal Penal ha dejado de lado el supuesto en que el imputado se encuentra en prisión preventiva por otro delito, al momento de solicitar la aplicación de la suspensión condicional del proceso. En este caso, según el principio de interpretación restrictiva no se le podría prohibir una suspensión a pesar de que esté preso, siempre y cuando se establezca que está en posibilidad de cumplir con sus compromisos. El problema real que surge es que el plazo de suspensión estaría suspendido por orden del art. 43 C.P.P., ante lo cual quedarían dos opciones: a) negar del todo la suspensión, o b) interpretar que ante la ausencia de una regulación legal del supuesto, y dado que el imputado ha adquirido obligaciones que puede cumplir incluso en prisión, en este caso en particular no se le aplicaría la suspensión del plazo porque el art. 43 CPP se refiere a otros supuestos. Esta última parece que es la opción más sensata.

III.2.5.4 El procedimiento abreviado¹¹⁸

El procedimiento abreviado surge de la inquietud de lograr sentencias en un lapso razonable, ahorrando energía y recursos jurisdiccionales en causas por delitos no muy graves, en que el juicio oral y público no sea imprescindible para obtener una resolución acorde con la legalidad y la verdad¹¹⁹. Su incorporación tiene como antecedente los artículos 371 y ss. del Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica, que contempló en su regulación el procedimiento abreviado para ciertos delitos leves¹²⁰.

117 En otras legislaciones, por ejemplo la venezolana, se distingue el supuesto en que la sentencia por la comisión del nuevo delito resulta al final ser absolutoria o condenatoria. De tal manera el art. 42 del Código Orgánico Procesal Penal contempla que la suspensión será definitiva únicamente si la sentencia que se dicta es condenatoria, por ella obliga a revocar la suspensión y reiniciar la causa. Pero si la sentencia es absolutoria, no habrá motivo para revocar la suspensión y menos aún, para no apreciar el plazo transcurrido durante la privación de libertad. (Cfr: el informe de Julián I. RODRÍGUEZ DÍAZ, fiscal general de la república de Venezuela. En: STIPPEL, Jörg y MARCHISIO, Adrián (coord.), *Principio de Oportunidad y Salidas Alternativas al Juicio Oral en América Latina*, op. Cit., pp. 448-449). El hecho de que el Código no haga distinciones ha sido criticado por LLOBET: "Lo ilógico es que ello opere, tal y como se prevé en el código, solamente cuando el imputado esté privado de libertad, haciéndose una diferenciación no razonable entre aquél al que se le sigue un nuevo proceso y se encuentra privado de libertad, con respecto al cual se suspende el término de la suspensión del proceso y a prueba, y aquél con relación al cual se le sigue un nuevo proceso y no se encuentra privado de libertad, con respecto al cual sigue corriendo el plazo de prueba". LLOBET (Cfr. LLOBET RODRÍGUEZ, Javier. *Proceso Penal Comentado*, op. Cit., p. 100.

118 Ver artículos 363 y siguientes del CPP dominicano.

119 En este sentido: CAFFERATA NORES, José I. "Juicio Penal Abreviado". *Revista de Ciencias Penales*, Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, Julio, 1996, Año 8, N° 11, p. 3.

120 Delitos en que el Ministerio Público "estimare suficiente la imposición de una pena no mayor de dos años de privación de libertad, o de una pena no privativa de libertad aún en forma conjunta". En este sentido véase: SALAZAR MURILLO, Ronald. *El juicio abreviado. Entre el galantismo y la eficiencia en la justicia penal*, 1° ed., JSA, San José, Costa Rica, 2003, p. 51; MAIER, Julio B.J. *Derecho Procesal Penal Argentino*, Buenos Aires, Argentina, Editorial Hammurabi S.R.L., 1989, p. 310.

El desarrollo de este tipo de medidas deriva del sorprendente prestigio e incorporación que ha tenido el derecho procesal norteamericano en Europa y de ahí en América Latina¹²¹, en particular la práctica del plea *bargaining*¹²², que consiste en una negociación llevada a cabo entre la fiscalía y la defensa del imputado, para obtener una confesión de culpabilidad a cambio de ventajas de trato (disminución de cargos o de la pena). Con respecto a este punto, hay que dejar claro que la figura incorporada en el código no se identifica con el plea *bargaining* del sistema norteamericano, pues, a diferencia de lo que ocurre con el guilty plea, la admisión de los hechos no implica la renuncia a la prueba sobre los hechos que se admiten, ni tampoco está permitido suprimir hechos o calificaciones legales¹²³.

- 121 Sobre el modelo norteamericano del "plea bargaining" comenta ARMENTA DEU: "...funciona en los EE.UU. de Norteamérica desde hace cien años, primero sin reconocimiento legal, y actualmente declarada su constitucionalidad en diversas decisiones. Hasta fecha relativamente reciente era concebido, incluso en su país de origen, como un método poco adecuado para combatir la criminalidad y para asegurar la ejecución material justa del Derecho penal, al no garantizar un tratamiento igualitario de autores penales de similar culpabilidad. En Japón donde se instauró en 1945, los especialistas se inclinan hoy por una vuelta al sistema continental europeo. De ahí que resulte un desarrollo sensacional que el procedimiento penal continental haya caído en una crisis tan profunda, de la que sólo podrían sacarlo, en opinión de un gran número de autores alemanes, italianos, portugueses y españoles, la adopción del procedimiento penal norteamericano o al menos partes esenciales de éste (SCHUNEMANN)" ARMENTA DEU, Teresa. "El proceso penal: nuevas tendencias, nuevos problemas". Revista de Ciencias Penales, Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, Agosto, 1997, Año 9, N° 13, p. 25, nota al pie 7.
- 122 BARBOSA MOREIRA hace una síntesis de las posibles reacciones que tiene el imputado al *indictment* (decisión por la que el *grand jury* formaliza la acusación) dentro sistema norteamericano en los siguientes términos: "El acusado responde a la acusación por medio de un plea; su respuesta puede consistir no solamente en una declaración de ser culpable (guilty plea) o inocente (plea of not guilty), sino que también se le permite responder sencillamente, "nolo contendere" – expresión latina que significa "no quiero contestar (la acusación)" –. En el Derecho federal, toda esta materia está reglada por las Federal Rules of Criminal Procedure: las nociones expuestas no son puras creaciones doctrinales o jurisprudenciales. [...] La inmensa mayoría de los acusados se declaran culpados; por consiguiente, es ínfimo el número de procesos penales que se prolongan hasta el trial [...]. Eso se debe principalmente a la práctica muy difundida del plea bargaining, una negociación entre el prosecutor y el acusado (rectius: y su defensor), mediante la cual se busca el consenso de las partes acerca de la pena que será aplicada. Para el acusado, la ventaja habitual consiste en que, si concuerda en declararse culpable, el prosecutor propone al juez (y éste por regla general asiente) la aplicación de una pena menos severa que la conminada en la ley para la infracción que se supone haber sido cometida. No obstante, hay distintas posibilidades: el prosecutor puede prometer que acusará al imputado solamente por un delito menos grave que el sugerido por los elementos probatorios disponibles, o que renunciará a otras posibles acusaciones contra él, y así en adelante. [...] BARBOSA MOREIRA, José Carlos. "La transacción penal brasileña y el derecho norteamericano". Revista de Ciencias Penales, Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, Marzo, 2000, Año 12, N° 17, pp. 50-51. El autor también señala que "Muchos temen que en no pocos casos la anuencia del imputado, aunque aparentemente voluntaria, constituya en realidad el fruto de maniobras reacias a los preceptos éticos, inspiradas en consideraciones que nada tienen que ver con la justicia o la equidad. Sospechas de este género son tanto más justificables cuando más bajo el grado de "visibilidad" de las negociaciones entre el prosecutor y el defensor del acusado. Advierte la doctrina que semejantes negociaciones no suelen desarrollarse "in open court", bajo la presidencia de un magistrado neutral y a la vista del público, sino más frecuentemente "over a cup of coffee in a basement court-house cafeteria where the consiente of the two lawyers is the primary guide". El juez no dispone de elementos para formarse una idea acerca de la fairness o de la validez del acuerdo." (Ibid. p. 52). Para un análisis más detallado acerca del plea bargaining y sus críticas véase DIEGO DÍEZ, Luis Alfredo de. *Justicia criminal consensuada: (algunos modelos del derecho comparado en los EE.UU., Italia y Portugal)*. Valencia: Tirant lo Blanch; Universidad de Cádiz; Servicio de Publicaciones, 1999, pp. 23-123. Números autores que han tratado el derecho angloamericano (entre ellos BROWN, CARP – STIDHMAN, DALEY, FRANKEL, VAN KESSEL, ZIMRING y FRASE, y en lengua española BARNO VILAR, entre muchos otros) han criticado el plea bargaining, tanto desde la perspectiva garantista cuanto desde una perspectiva de defensa social, y nos advierten de los altos riesgos que implica su adopción. VAN KESSEL incluso llega a calificar la presión que se ejerce sobre el acusado para que se declare culpable como "the modern form of judicially sanctioned torture in America" (Citado por BARBOSA MOREIRA, op. Cit., p. 52 en nota 22). A pesar de ello, hay que admitir que en la práctica del sistema norteamericano la utilización del plea bargaining es tan común que ha sido incluso calificado como "un componente esencial de la administración de justicia" (Santobello v. New York, 404 U.S., 257, 260 (1977) citado por DIEGO DÍEZ, Luis Alfredo de. *Justicia criminal consensuada: (algunos modelos del derecho comparado en los EE.UU., Italia y Portugal)*. Op. Cit., p. 55). ZAFFARONI teme también que las desavenencias encontradas en el sistema norteamericano puedan reproducirse en el "procedimiento abreviado": "se está importando a la región distintas variantes del plea bargaining o regateo (más pudorosamente traducido como negociación). Como es sabido, la misma se convierte fácilmente en una fuente de extorsión que reemplaza la tortura" citado por SALAZAR MURILLO, Ronald. *El juicio abreviado. Entre el galantismo y la eficiencia en la justicia penal*, op. Cit. p. 44.
- 123 Sobre este punto véase CAFFERATA NORES, José I. "Juicio Penal Abreviado". Op. Cit. p. 5. y SALAZAR MURILLO, Ronald. *El juicio abreviado. Entre el galantismo y la eficiencia en la justicia penal*, op. Cit. p. 45.



El abreviado no es justicia restaurativa, sino un procedimiento acelerado que SALAZAR define como: “*un procedimiento especial, bilateral o multilateral, a través del cual, las partes pueden voluntariamente, suprimir ciertas fases del proceso ordinario – entre ellos el juicio- fijando los hechos y negociando la pena a imponer con algunos efectos vinculantes, y le solicitan al juez de juicio resolver en sentencia, con los elementos de prueba existentes*”¹²⁴. A su respecto, nos advierte Luis Paulino MORA MORA: “*es indudable que la disminución de garantías que conlleva ese diseño procesal hace que debemos extremar los controles y exigencias para que en aras de una mayor eficiencia no se desconozcan los derechos que con tanto sudor, lágrimas y sangre se han logrado a favor de los sometidos al proceso. La eficiencia no puede justificar el fallo arbitrario o inmotivado y menos la posibilidad del error judicial*”¹²⁵

Según lo que establece el código, hasta antes de que se ordene la apertura a juicio¹²⁶, el Ministerio Público o la Defensa¹²⁷, pueden solicitar la aplicación del juicio abreviado. El acuerdo sobre el juicio abreviado puede ser pleno o bien parcial¹²⁸. En el primero, cuando se trate de un hecho con pena máxima inferior a cinco años de privación de libertad¹²⁹, y el imputado admita el hecho¹³⁰ (previa acreditación del consentimiento por parte del defensor), el Ministerio Público acusa¹³¹ indicando una pena concreta – la cual no puede superar el juez en su resolución-¹³². Condición para que se condene mediante la aplicación de esta figura es que la prueba reunida en la investigación sea idónea para esos efectos, de allí la facultad del juez de “absolver o condenar, según proceda” (art. 364 párrafo 3°). El juez debe ser especialmente cuidadoso al realizar el examen formal y sustancial del acuerdo. Si no se cumplen los requisitos de ley para la admisibilidad de la medida, el juez debe ordenar que continúe el procedimiento, en cuyo caso la aceptación de los cargos no podría ser incorporada al juicio oral y público que se realizará, ni tampoco vincula al Ministerio Público su requerimiento sobre la pena (art. 365 C.P.P.).

124 SALAZAR MURILLO, Ronald. *El juicio abreviado. Entre el galantismo y la eficiencia en la justicia penal*, op. Cit. p. 59. En el caso del acuerdo pleno contemplado en el C.P.P., no es el juez de juicio quien resuelve conforme al procedimiento abreviado, sino el juez de la etapa intermedia de conformidad con lo establecido por los artículos 299.6 y 301.4 del C.P.P.

125 El Presidente de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, en su introducción al trabajo de SALAZAR MURILLO, Ronald. *El juicio abreviado. Entre el galantismo y la eficiencia en la justicia penal*, op. Cit. p.

126 Podría pensarse en la aplicación de un abreviado aun en la fase de juicio cuando se haya rechazado en forma indebida antes, o bien cuando ha concurrido una actividad procesal defectuosa y hasta ese momento se declara, esto a fin de corregir el acto viciado

127 Cfr. 299.6 C.P.P.

128 En el acuerdo parcial se establecen únicamente los hechos y se solicita un juicio sobre la pena, y a diferencia del acuerdo pleno, se presenta ante el juez que debe conocer del juicio quien dictará la sentencia de conformidad con la prueba ofrecida (Arts. 366, 367 y 368 C.P.P.) y, en su caso, señalará audiencia para el debate sobre la pena. Cabe destacar que el artículo 366 C.P.P. establece que este procedimiento cabe “en cualquier caso”, lo que le sustrae de las limitaciones de pena y momento establecidas en el art. 363 C.P.P.

129 Así se cumple con la recomendación del Congreso de 1994 de la Asociación Internacional de Derecho Penal, en que instaba a que los delitos graves no fueran juzgados por medio de procedimientos abreviados. No cabe tampoco en delitos de acción privada, porque el código no tiene prevista dicha posibilidad.

130 Salvo en el caso de inadmisibilidad, esta declaración tiene la naturaleza de una confesión, por lo que el imputado debe ser plenamente consciente de las renunciaciones a que se expone. Sería recomendable que el juez se asegurara en la audiencia de que el imputado conozca los hechos que se le imputan, que su voluntad es libre al momento de aceptar el abreviado y que entiende las renunciaciones consentidas con ese acto. Si se trata de varios hechos en concurso material, es posible el abreviado con respecto a algunos de ellos. Asimismo, según determina expresamente el código, la existencia de coimputados no impide la aplicación de estas reglas, pero ha de garantizarse la igualdad de trato entre ellos. De tal manera, si se solicita o impone una pena con respecto a uno de los endilgados, es necesario justificar cualquier diferencia al momento de ocuparse de los restantes.

131 Aunque no lo indique el código, el Ministerio Público dispone de la interesante posibilidad de combinar la aplicación de “criterios de oportunidad” con respecto a ciertos hechos y negociar un abreviado con otros, lo que amplía el margen de negociación, siempre y cuando se respeten las disposiciones conducentes.

132 Es claro que el juez no puede superar la pena solicitada, sin embargo, nada obsta para que el juez fundadamente disminuya en sentencia este extremo.

Si se cumplen los requisitos de admisibilidad, el juez convoca a una audiencia oral para escuchar de viva voz lo manifestado por las partes¹³³, y emite la resolución que corresponda, absolviendo¹³⁴ o condenando¹³⁵ y dictaminando sobre los intereses civiles. Lo resuelto es susceptible del recurso de apelación de conformidad con las disposiciones del C.PP.¹³⁶

III.3 Conclusiones y recomendaciones

Según hemos venido analizando, el nuevo Código Procesal Penal de la República Dominicana se involucra dentro de una corriente garantista y democrática, respetuosa de los derechos fundamentales de los individuos, básica para un Estado de Derecho. Ante ello, los procesos o procedimientos alternativos constituyen un aspecto relevante de los fines y principios que se han establecido para el proceso penal, especialmente la “solución del conflicto” que el artículo segundo de dicho cuerpo legislativo garantiza “para contribuir a restaurar la armonía social”. Por tal razón, debemos concordar con quienes advierten sobre la necesidad de redoblar los esfuerzos en la comprensión y aplicación de las medidas alternativas, para que éstas puedan operar como verdaderas soluciones alternas a la pena privativa de libertad (en procura de “ resolver el conflicto surgido a consecuencia del hecho punible”), y no como simples “agregados” de aquélla. Si fuere esto último, en lugar de cumplir con su cometido, se convertirían en mecanismos de “extensión de las redes de control social” y por ende en vías ampliativas de la represión. Así pues, hay que vigilar constantemente la razonabilidad y legalidad de las condiciones que se impongan en la aplicación de tales vías, para posibilitar un verdadero enfoque restaurativo del conflicto. De allí la importancia de que se planteen mecanismos efectivos y sin formalidades excesivas para verificar el uso práctico y adecuado de cada una de ellas, lo que, según demuestra la experiencia, constituye un punto débil que debe ser superado con base, precisamente, en el seguimiento y detección oportuna de los defectos para la implementación de los correctivos necesarios.

133 En este caso el querellante, el ministerio público y el imputado. Cabe llamar la atención de que el código no contempla la necesidad de escuchar a las partes civiles (actor y demandado civil), especialmente al demandado civil, ya que si en sentencia se declarara la existencia de los hechos acusados no se le estaría dando a éste la posibilidad de combatir la comisión de los hechos por el imputado. Ante esto, podría interpretarse a la luz de los artículos 131 C.P.P. (que le otorga al tercero demandado civil las mismas facultades de defensa que al imputado) y 363.2. del C.P.P. (el cual establece la necesidad de acordar los extremos civiles), que se necesita escuchar su criterio para que proceda el juicio abreviado. En lo referente a los montos de una indemnización, en su caso, es necesario tomar en cuenta la posibilidad de una condena en abstracto, una vez probada la existencia del daño según los autos. También es aconsejable escuchar a la víctima, aunque no se hubiera constituido en querellante ni actora civil, para cumplir con la exigencia de un trato digno y respetuoso que garantiza el código (art. 84 C.P.P.).

134 En este caso especial la absolutoria no podría fundarse en la duda (Cfr: SALAZAR MURILLO, Ronald. *El juicio abreviado. Entre el galantismo y la eficiencia en la justicia penal*, op. Cit. p. 177). No obstante, sí es posible dictar una sentencia absolutoria por atipicidad, la existencia de causas de justificación o exculpación, o bien la concurrencia de otra causa legal que motive la absolutoria, como sería la prescripción, o una causa personal de exclusión de la pena. Asimismo, es posible dar a los hechos una calificación jurídica más favorable, siempre y cuando no se alteren los hechos acusados y admitidos, porque entonces lo que procedería es el rechazo del procedimiento abreviado.

135 Esta sentencia debe cumplir de manera sucinta con los mismos requisitos que la dictada en el procedimiento ordinario y por lo tanto debe: a) fijar los hechos probados, b) realizar una debida valoración de la prueba, c) pronunciarse acerca de la calificación legal y la participación criminal, y d) imponer la pena que corresponda, dentro de las limitaciones de esta figura. En síntesis, debe cumplir con las exigencias que le impone el deber de fundamentación, como componente esencial de un debido proceso.

136 Cfr: artículo 364, último párrafo, con los arts. 410 y ss del CPP. Cabe anotar que el imputado puede revocar su decisión de someterse al abreviado hasta antes del dictado de la sentencia. No obstante, si se anula en apelación la sentencia tendría oportunidad de hacerlo, salvo que se anule únicamente en lo referente a la pena, en cuyo caso quedaría vigente dicha aceptación.

Unidad IV

Libertad, Intimidad y Seguridad Individual ante Intervención Estatal

Autor

Manuel Miranda Estrampes

Contenido

- La Inspección de Lugar • Levantamiento e Identificación de Cadáveres • Los Registros: Concepto y Clases • El Cacheo o Registro Superficial de Personas • La Intervenciones Corporales como Diligencias de Investigación Penal • Registro de Moradas y Lugares Privados • El Registro de Locales Públicos • El Secuestro de Correspondencia • El Secuestro de Objetos y Documentos
- La Interceptación de las Telecomunicaciones

IV.1 Introducción

El nuevo texto procesal penal ha abandonado el modelo inquisitivo apostando decididamente por la implantación de un modelo de corte acusatorio en donde el ministerio público es configurado legalmente como el dueño del procedimiento preliminar, esto es, de la fase de investigación penal. Esta opción del legislador obliga a la creación de una policía judicial especializada, que dependa funcionalmente del ministerio público en esa tarea investigadora. Las funciones de investigación deben quedar perfectamente deslindadas de las funciones jurisdiccionales. A esta separación de funciones se refiere el art. 22 CPP al establecer que “las funciones de investigación y de persecución están separadas de la función jurisdiccional. El juez no puede realizar actos que impliquen el ejercicio de la acción penal ni el ministerio público puede realizar actos jurisdiccionales”. El segundo párrafo de dicho precepto proclama la dependencia funcional de la policía, en el desempeño de las funciones de investigación penal, del ministerio público.

En este modelo, implementado en los modernos códigos procesales penales europeos (como es el caso de Alemania, Italia y Portugal), así como en muchos países latinoamericanos que recientemente han modificado su legislación procesal penal (El Salvador; Honduras, Nicaragua...), el juez tiene un papel relevante como garante de los derechos fundamentales de las personas sometidas a la investigación penal. De ahí que se hable de la necesidad de crear la figura del Juez de garantías. La nueva legislación procesal dominicana ha atribuido esta función al Juez de la instrucción. Según el art. 73 CPP “corresponde a los jueces de la instrucción resolver todas las cuestiones en las que la ley requiera la intervención de un juez durante el procedimiento preparatorio...”. Durante la investigación penal es necesario, en muchas ocasiones, adoptar diligencias o medidas que inciden en los derechos fundamentales de las personas proclamados constitucionalmente (por ejemplo, una entrada y registro domiciliario, una intervención de telecomunicaciones privadas...). La adopción de estas medidas debe estar sometida a la necesaria autorización judicial. Al juez le corresponderá controlar la legalidad y proporcionalidad de la medida injerente. Principios que actúan como verdaderos presupuestos constitucionales de toda medida limitativa de derechos fundamentales acordada en el ámbito de una investigación penal.

El principio de legalidad exige que la medida limitativa de derechos fundamentales esté prevista expresamente en la ley¹. Constituye una garantía del Estado de Derecho, que expresa el principio de supremacía de las leyes, del que se deriva la vinculación positiva a la ley del poder ejecutivo y judicial. Es un presupuesto formal de toda medida limitativa o restrictiva de derechos fundamentales². Además exige que la ley tenga un contenido mínimo, reflejando la aplicación del principio de proporcionalidad a la concreta medida limitativa. El juez únicamente podrá autorizar aquellas concretas medidas limitativas previstas y reguladas en la ley. Además, toda limitación o restricción de derechos fundamentales deberá interpretarse restrictivamente, en el sentido más favorable a la eficacia y esencia de tales derechos.

1 Vid. Art. 8.2 CEDH.

2 SSTCE 67/1997, de 7 abril; 49/1999, de 5 abril; 169/2001, de 16 julio.

El principio de legalidad exige una determinada calidad en la ley. Esta deberá expresar con suficiente claridad y detalle todos y cada uno de los presupuestos y condiciones de la medida limitativa de derechos fundamentales³.

El principio de proporcionalidad ha sido consagrado por el TCE como un principio general que puede inferirse a través de diversos preceptos constitucionales: como principio derivado del valor justicia (art. 1.1 CE)⁴, del principio del Estado de Derecho (art. 1.1 CE), del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 CE), o de la dignidad de la persona (art. 10.1 CE), y que, en el ámbito de los derechos fundamentales, constituye una regla de interpretación que, por su mismo contenido, se erige en límite de toda injerencia estatal en los mismos, incorporando, incluso frente a la ley, exigencias positivas y negativas⁵.

Siguiendo a PEDRAZ PENALVA podemos decir que la proporcionalidad viene siendo entendida como criterio de lo razonable en la actuación de los poderes públicos en cuanto implica, como medio de protección del "status civitatis", el establecimiento de límites a la intervención estatal en el logro de un equilibrio entre los intereses generales que ha de perseguir y los fundamentales de los individuos y grupos que, sólo justificada y extraordinariamente, pueden verse afectados sin lesionar su esencia, y siempre que no se sobrepase lo estrictamente necesario para la consecución del fin pretendido⁶.

El principio de proporcionalidad es el parámetro decisivo para juzgar sobre la legitimidad constitucional de las medidas restrictivas de los derechos fundamentales que pueden acordarse durante la fase de investigación penal. La proporcionalidad de la medida, como veremos a lo largo del presente módulo, exige el cumplimiento de tres requisitos o subprincipios⁷, que integran el contenido de dicho principio⁸:

IV.1.1

La idoneidad o adecuación de la medida para la consecución de los fines que se pretenden. Idoneidad que se exige no solo cualitativamente, en el sentido de que la medida limitativa debe ser por naturaleza apta para lograr el fin propuesto, sino también cuantitativamente, pues la duración o intensidad de la misma no debe ser superior a la estrictamente necesaria para alcanzar el fin perseguido⁹.

3 Vid., por ejemplo, SSTCE 49/1999, de 5 abril; 169/2001, de 16 julio.

4 GAVARA DE CARA, J. C., "El principio de proporcionalidad como elemento de control de la constitucionalidad de las restricciones de los Derechos fundamentales", Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional, n° 16, enero 2004, p. 29-30.

5 Vid., entre otras muchas, SSTCE 160/1987, 49/1999, de 5 abril.

6 PEDRAZ PENALVA, E., Introducción al Derecho Procesal Penal (acotado al ordenamiento jurídico nicaragüense), Edit Hispamer, Managua, 2003, p. 189.

7 Véase GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal, Edit Colex, Madrid, 1990, pps. 153 y ss.

8 Vid. STCE 207/1996, de 16 diciembre, en un supuesto de intervenciones corporales, así como SSTCE 166/1999, de 27 septiembre; 202/2001, de 15 octubre.

9 GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., Proporcionalidad..., cit., pp. 161 y ss.

IV.1.2

Su necesidad, esto es, que la misma resulte imprescindible. Obliga, además, a elegir aquella medida que sea menos gravosa para el derecho fundamental afectado. Como dice GONZÁLEZ-CUÉLLAR este principio, denominado también de intervención mínima o de subsidiariedad, obliga a los órganos del Estado a comparar las medidas restrictivas aplicables que sean suficientemente aptas para la satisfacción del fin perseguido y a elegir, finalmente, aquélla que sea menos lesiva para los derechos de los ciudadanos¹⁰.

IV.1.3

Y la proporcionalidad en sentido estricto, es decir, que el sacrificio del derecho sea equilibrado con respecto al grado de satisfacción del interés público perseguido que se alcanza en el caso concreto. Mediante este principio se trata de determinar, por medio de la utilización de las técnicas del contrapeso de bienes o valores y la ponderación de intereses según las circunstancias del caso concreto, si el sacrificio de los intereses individuales que comporta la injerencia guarda una relación razonable o proporcionada con la importancia del interés estatal que se trata de salvaguardar.

En el ámbito del proceso penal esta clase de medidas limitativas de derechos fundamentales viene justificada por razones de interés general, esto es, para garantizar la eficacia del *ius puniendi*¹². Sin embargo, no es suficiente con la investigación de cualquier delito para justificar el sacrificio de un derecho fundamental. Debe tratarse de delitos graves. Gravedad que vendrá determinada no sólo por la pena que llevan aparejada, sino, también, por la naturaleza del bien jurídico lesionado o puesto en peligro con la infracción, o el reproche social que merezca la conducta delictiva o su comisión por medio de organizaciones criminales¹³.

Por último, la jurisdiccionalidad de la medida limitativa de derechos fundamentales exige que la misma sea acordada por la autoridad judicial, salvo aquellas excepciones previstas legalmente, en una resolución motivada, donde exteriorice el juicio de proporcionalidad de la medida. El juez deberá plasmar en dicha resolución esta labor de ponderación de los intereses en juego que exige la aplicación del principio de proporcionalidad¹⁴. Se exige que estas resoluciones judiciales tengan una motivación especial¹⁵.

En el presente módulo analizaremos las diferentes medidas de investigación limitativas de derechos reguladas en el CPP, así como los presupuestos y requisitos exigidos para su adopción.

10 GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., Proporcionalidad..., cit., p. 189.

11 GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., Proporcionalidad..., cit., p. 225.

12 Vid. STCE 207/1996, de 16 diciembre, fj. 4º, en relación con las medidas de intervención corporal.

13 GONZÁLEZ SOLER, O. E., "Aspectos constitucionales de algunas diligencias sumariales que afectan a los derechos a la intimidad y al secreto de las comunicaciones: entradas domiciliarias. Comunicaciones postales y telefónicas", Constitución y garantías penales, Cuadernos de Derecho Judicial, núm. XV, CGPJ, Madrid, 2003, p. 105.

14 STCE 236/1999, de 20 diciembre; 127/2000; 202/2001, de 15 octubre.

15 STCE 33/1999, de 8 marzo.

IV.2 La inspección del lugar

La primera de las diligencias de comprobación inmediata reguladas en el Título II, del Libro IV, Medios de prueba, de la Parte General, es la inspección del lugar de comisión del hecho delictivo (art. 173 CPP). Dicha actuación puede ser realizada por los propios funcionarios del ministerio público o por funcionarios policiales. Se encomienda a tales funcionarios no solo la inspección sino, también, la custodia del lugar. La práctica de dicha inspección por parte de los funcionarios policiales se encuadraría dentro de las denominadas diligencias preliminares cuya finalidad es la obtención y aseguramiento de las fuentes de prueba (art. 274 CPP).

La inspección abarca no sólo al lugar propiamente dicho sino también a las cosas, rastros y otros efectos materiales que sean el resultado del hecho punible. La finalidad de la inspección es la recogida y posterior conservación de tales efectos en cuanto que pueden tener significación probatoria. Como establece expresamente el art. 173 CPP "el funcionario a cargo de la inspección levanta acta en la cual describe detalladamente el estado de los lugares y de las cosas, recoge y conserva los elementos probatorios útiles, dejando constancia de ello en el acta".

El acta que se levante deberá ser firmada por el funcionario o agente responsable y de ser posible por uno o más testigos.

Se establece que su incorporación al acto del juicio oral se realizará mediante su lectura, si se cumplen las formalidades antes expuestas, aunque se prevé que el funcionario y el testigo instrumental puedan ser citados para prestar su testimonio (art. 173, párrafo último, CPP)¹⁶. En mi opinión, esta debería ser la regla general, mientras que la lectura del acta debería tener un carácter excepcional. La introducción de elementos probatorios en el acto del juicio oral mediante lectura de las diligencias documentadas debe ser excepcional.

La práctica de la diligencia de inspección ocular del lugar puede venir complementada por la adopción de la medida precautoria prevista en el art. 275 CPP. Dicho precepto dispone que cuando en el primer momento de la investigación de un hecho no sea posible individualizar al autor; al cómplice ni a los testigos y se deba proceder con urgencia para no perjudicar la averiguación de la verdad, la policía pueda disponer que los presentes no se alejen del lugar; ni se comuniquen entre sí antes de informar; ni se modifique el estado de las cosas ni de los lugares, disponiendo las medidas que el caso requiera. Dicha medida está sometida a una limitación temporal pues no podrá exceder del plazo de seis horas¹⁷.

16 Vid. art. 261 CPP, que señala que las actuaciones contenidas en el registro de investigación incoado por el ministerio público no tendrán valor probatorio para fundar la condena del imputado, salvo las actas que este código autoriza incorporar al juicio por su lectura.

17 Una disposición similar encontramos en el CPP de Nicaragua, cuyo art. 229, bajo el epígrafe retención, dispone que "Si en el primer momento de la investigación de un hecho, no fuere posible individualizar inmediatamente al presunto responsable o a los testigos, y no pudiere dejarse de proceder sin menoscabo de la investigación, la Policía nacional podrá disponer que ninguno de los presentes se aleje del lugar por un plazo no mayor de tres horas". También, el art. 175.5 CPP de Honduras autoriza a la Policía Nacional a aprehender a cualquier persona "cuando la iniciarse las investigaciones, en la imposibilidad de distinguirse entre las personas presentes en el lugar; a los partícipes en el hecho y a los testigos, exista necesidad urgente de impedir que alguna de ellas se ausente, o se comuniquen entre sí, así como evitar que puedan modificar en cualquier forma, el estado de cosas o el lugar del delito".

Dos son los presupuestos necesarios para que la policía pueda adoptar esta medida precautoria. Por un lado, que de la información que se posea o de los datos recabados hasta ese momento no se pueda determinar, provisionalmente, quien pueda ser autor, cómplice o testigo de los hechos. Por otro lado, la necesidad de actuar de forma urgente para evitar que pueda frustrarse la investigación.

Las medidas que puede adoptar la policía son impedir que las personas que se encuentren presentes se alejen del lugar así como que se comuniquen entre sí. También deberán adoptarse las medidas necesarias para evitar que se alteren las cosas o lugares, con la finalidad de impedir la pérdida de eventuales fuentes de prueba útiles para el esclarecimiento de los hechos.

La medida prevista en dicho precepto tiende a posibilitar la práctica de aquellas diligencias esenciales para la identificación del posible autor o cómplice de los hechos o para preservar la escena del crimen evitando la desaparición de huellas o vestigios del delito.

Cualquier prolongación injustificada de dicha retención, aunque no hubiera transcurrido el plazo máximo legal de seis horas, tornaría en ilegal dicha privación de libertad y, por tanto, contraria a las previsiones constitucionales¹⁸. En todo caso, dicha medida de retención está prevista para la investigación de uno o varios hechos delictivos concretos y no puede ser utilizada para dar cobertura normativa a las redadas que de forma indiscriminada realice la policía especialmente en el marco de operaciones contra el tráfico ilegal de drogas¹⁹.

IV.3 Levantamiento e identificación de cadáveres

En los casos de muerte con indicios de criminalidad los funcionarios y agentes de policía deben proceder a la inspección corporal preliminar, en el propio lugar donde es hallado el cadáver, describiendo la situación o posición del cuerpo y la naturaleza de las lesiones o heridas. El ministerio público, en su condición de director de la investigación podrá ordenar otro tipo de diligencias (art. 174, párrafo primero, CPRRD). Se prevé que la identificación del cadáver pueda realizarse por cualquier medio posible (art. 174, párrafo segundo, CPP).

Se admite que en caso de urgencia y en ausencia del ministerio público la propia policía, luego de realizar las operaciones correspondientes, disponga el traslado del cadáver al laboratorio médico forense para practicar la autopsia, efectuar su identificación y entregarlo a sus familiares (art. 174, párrafo último, CPP).

IV.4 Los registros: concepto y clases

El registro es otra de las diligencias de investigación que pueden ser practicadas para el mejor esclarecimiento de los hechos. El nuevo CPP prevé tres tipos de registros: de personas, de lugares

¹⁸ Art. 8.2 CRD. También arts. 7.2 y 3 CADH, 9.1 PIDCP.

¹⁹ Práctica policial denunciada por la ComIDH en su Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en la República Dominicana, de 7 octubre 1999, apartados 200-204. Vid., también Informe de Seguimiento de las Recomendaciones de la ComIDH sobre la Situación de los Derechos Humanos en la República Dominicana del año 2001, apartados 52 y ss.

y de cosas (art. 175 CPP). En principio, su realización corresponde a los funcionarios del ministerio público o a la policía, salvo aquellos supuestos en que expresamente se exija una autorización judicial.

La práctica de dichos registros está sometida al principio de legalidad. Así resulta de lo dispuesto en el art. 175, in fine, CPP al exigir que se realicen “de conformidad a las normas y previsiones de este código”.

La práctica de cualquier registro exige la concurrencia de causa probable. Esta exigencia deriva de lo dispuesto en el propio art. 175 CPP al condicionar su práctica a “cuando razonablemente existan motivos que permitan suponer la existencia de elementos de prueba útiles para la investigación o el ocultamiento del imputado”. La concurrencia de “motivos razonables” es una exigencia derivada del principio de proporcionalidad que inspira la práctica de tales registros, como analizaremos más adelante.

IV.5 El cacheo o registro superficial de personas

IV.5.1 Concepto

El cacheo se caracteriza por su carácter superficial pues tiene por objeto las ropas o pertenencias de una persona, cuando se sospecha que ocultar objetos relacionados con un hecho punible. Como advierte DÍAZ CABIALE debe tratarse de objetos sobre los que se demuestre una inmediata disponibilidad física por parte del imputado, sin que tengan suficiente entidad propia para constituir el objeto de un acto de investigación distinto²⁰. A la vista de la doctrina jurisprudencial del TSE podemos definir el cacheo como el registro de una persona para saber si oculta, entre sus ropas o pertenencias, elementos que puedan servir para la prueba de un delito. En la doctrina HUERTAS MARTÍN nos dice que el cacheo supone únicamente someter al tacto manual, de forma superficial sobre la ropa, el perfil corporal del sujeto sospechoso con la finalidad de hallar en él algún objeto peligroso o relacionado con el cuerpo del delito, de modo que no implica la invasión del interior reservado del cuerpo humano²¹.

20 DÍAZ CABIALE, J. A., “Cacheos superficiales, intervenciones corporales y el cuerpo humano como objeto de recogida de muestras para análisis periciales (ADN, sangre etc)”, en AA.VV., Medidas restrictivas de derechos fundamentales, Cuadernos de Derecho Judicial, núm. 12, 1996, págs. 80-81, el autor incluye, por ejemplo, el registro de un vehículo.

21 HUERTAS MARTÍN, M^a I., El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1999, págs. 414-415. Vid., también, GIL HERNÁNDEZ, A., Intervenciones corporales y derechos fundamentales, Edit. Colex, Madrid, 1995, p. 69.

CASO: Sobre distinción entre cacheo superficial e intervención corporal

Objetivo formativo concreto: Deslindar conceptualmente ambas medidas.

Descripción del supuesto fáctico planteado: una dotación de la policía observó en la calle cómo el imputado R.G.A. intercambiaba de forma rápida con otra persona un envoltorio de pequeñas dimensiones, y al acercarse la dotación policial se colocó el envoltorio en la boca con la finalidad de tragárselo, siendo impedida dicha acción por los agentes policiales quienes consiguieron que lo expulsara de la boca. En el interior de la bolsa se ocupó una sustancia que tras su análisis resultó ser cocaína.

Determinar la licitud de la actuación policial²².

IV.5.2 El cacheo y el derecho a la libertad ambulatoria

Es cierto que el cacheo afecta a la libertad ambulatoria de la persona, pero con un efecto cuantitativamente más reducido que el arresto (detención) por su intrínseco carácter²³provisionalísimo. Por esta razón las exigencias previstas en la ley para un arresto no pueden ser extendidas a la diligencia de cacheo o registro personal²⁴.

La diligencia de cacheo personal, como control superficial, no conlleva una violación de derechos fundamentales, especialmente del derecho a la libertad ambulatoria, siempre que la actuación policial se ajuste a las exigencias del principio de legalidad y de proporcionalidad²⁵. El TCE afirma que el derecho a la libertad y como contrapartida el derecho a no ser privado de ella sino en los casos y en la forma establecida por la ley, así como el derecho a circular libremente por el territorio nacional, no se ven afectados por las diligencias policiales de cacheo e identificación, pues aunque éstas resulten inevitablemente molestas, su realización y consecuente inmovilización

22 El caso está basado en las SSTSE 15 enero 1993 y 1 junio 2001. En la doctrina, GÓMEZ AMIGO, A., Las intervenciones..., cit., pág. 111, estima que el registro de la cavidad bucal sí que afecta a la intimidad corporal o personal, y excede considerablemente del mero cacheo superficial, por lo que debe considerarse como una intervención corporal de registro en el interior del cuerpo.

23 SSTSE 11 noviembre 1997, 2 febrero 1996, 7 julio 1995.

24 SSTSE 2 febrero 1996, 1 marzo 1996, 27 septiembre 1996, 11 diciembre 1998. Auto TSE 4 junio 1997. Uno de los fundamentos esgrimidos para la impugnación del cacheo ha sido la no presencia de letrado, extremo rechazado por el TSE. Según una doctrina jurisprudencial consolidada no es exigible la asistencia letrada para practicar el cacheo, aun cuando el sujeto esté detenido, por las siguientes razones: a) por tener que cumplir siempre una finalidad preventiva de seguridad para los agentes de la autoridad y para el propio detenido, que por la propia exigencia de inmediatez hace imposible su vigencia; b) porque la presencia de Letrado no supone un "plus" de garantía, dado que se trata de una actuación objetiva sólo tendente a asegurar que los derechos constitucionales del detenido sean respetados, no sufra coacción o trato incompatible con la dignidad y libertad de declaración, y tenga el debido asesoramiento técnico sobre la conducta a observar en los interrogatorios, y no cabe entender que el sometimiento al cacheo imponga una forma de autoincriminación, siendo comparable a estos efectos al test de alcoholemia" (STSE 31 marzo 2000).

25 STSE 29 noviembre 1997.

del ciudadano o ciudadanos, durante el tiempo imprescindible para su práctica, supone para el afectado un sometimiento legítimo desde la perspectiva constitucional a las normas de Policía²⁶. No es necesario, por tanto, que tales diligencias de cacheo o registro personal sean autorizadas judicialmente, pudiendo actuar directamente la policía siempre que constate la presencia de sospechas razonables.

Como hemos indicado el art. 175 CPP ofrece cobertura o amparo legal a los registros personales o cacheos siempre que en su realización se respeten las exigencias establecidas en dicho precepto²⁷. Según el referido precepto, las normas que regulan el registro de personas se aplican, también, al registro de vehículos.

Su afectación a la libertad ambulatoria exige el respeto al principio de proporcionalidad. Exige guardar el justo equilibrio entre lo que se quiere investigar y el perjuicio o menoscabo que puede ocasionar a la persona. Para ello será necesario ponderar la gravedad del delito objeto de investigación²⁸.

El cacheo practicado sin ningún género de violencia ni coacciones es perfectamente lícito siempre que concurren sospechas razonables o indicios racionales y suficientes, pues lo que si debe estimarse prohibido es la práctica de cacheos indiscriminados²⁹. Debe tratarse de “sospechas serias”, esto es, que no sean ilógicas, irracionales o arbitrarias³⁰. No son suficientes las simples corazonadas policiales para justificar la práctica de un cacheo³¹, es necesaria la constatación de datos o circunstancias objetivas. Aunque, por otro lado dichas sospechas no deben tener la misma intensidad que se exige para la práctica de un arresto o de una intervención corporal.

En todo caso, la concurrencia de tales “sospechas fundadas” se erige en presupuesto esencial de legitimidad del cacheo³². El examen de la concurrencia de tales sospechas debe realizar ex ante y no ex post. Quedan prohibidos, en principio, lo que podemos denominar cacheos preventivos³³. La no concurrencia de tales sospechas fundadas torna al cacheo en ilícito y, por tanto, los elementos probatorios obtenidos no podrán ser utilizados como prueba de cargo³⁴.

26 Providencias del TCE de 26 noviembre 1990 y 28 enero 1991, en recurso de amparo núm. 2252/1990. En la misma línea, SSTSE 1 marzo 1996, 17 junio 1999.

27 La exigencia de norma legal habilitante es uno de los presupuestos esenciales para la práctica de los cacheos: vid. STSE 20 diciembre 1993.

28 STSE 31 marzo 2000, en un supuesto de cacheo practicado en relación con la investigación de un presunto delito de tráfico de drogas.

29 STSE 27 abril 1994. La STSE de 26 diciembre 1996 afirma que “la justificación de este tipo de intervención policial exige que existan motivos racionalmente bastantes para estimar que una persona oculta entre sus ropas elementos que pueden servir como prueba de un delito y la proporcionalidad impone que se trate de un delito que en la consideración del legislador revista una cierta gravedad (en el caso analizado en esta sentencia se trataba de un delito de tráfico de drogas). También, STSE 29 septiembre 1997.

30 En el Derecho Comparado el art. 352 CPP italiano exige para la práctica de registros personales la concurrencia de fundados motivos para considerar que se encuentren ocultos sobre la persona, objetos o vestigios relacionados con el delito. En Alemania el párrafo 102 StPO admite la práctica del registro del sospechoso, como autor o partícipe, de un hecho punible.

31 Vid., entre otras, SSTSE 2 febrero 1996, 6 octubre 1999.

32 LÓPEZ ORTEGA, J. J., “La protección de la intimidad en la investigación penal: necesidad y proporcionalidad de la injerencia como presupuestos de validez”, Cuadernos de Derecho Judicial, nº 22, CGPJ, Madrid, 1996, págs. 275 y ss.

33 HUERTAS MARTÍN, M^a I., El sujeto pasivo..., cit., pág. 417.

34 JORGE BARREIRO, A., “La prueba ilícita en el proceso penal”, en AA.VV., Planes Provinciales y Territoriales de Formación año 1992, Recopilación de ponencias y comunicaciones, vol. II, CGPJ, Madrid, 1993, pág. 1245.

CASO: Sobre “sospechas fundadas” como presupuesto para la práctica de un cacheo policial.

Objetivo formativo concreto: Determinar cuándo pueden las sospechas estimarse fundadas y cuándo no.

Descripción del supuesto fáctico planteado:

CASO PRIMERO: en las dependencias policiales se recibe una llamada telefónica anónima dando cuenta de que al día siguiente se iba a llevar a cabo una entrega de droga (hachís) en el bar....., sito en....., por parte de una mujer de 20 a 25 años, conduciendo una motocicleta de gran cilindrada. Al día siguiente se monta el correspondiente operativo policial, constatándose la presencia de una mujer joven que se encontraba sentada sobre una motocicleta marca Yamaha, estacionada frente al referido bar. Dos agentes policiales procedieron a acercarse a la joven identificándose como tales invitándole a exhibir lo que portara, entregando la mujer su cartera, donde se encontró documentación personal y dinero. Acto seguido se procedió a su registro personal por parte de un agente del sexo femenino, en el interior de los aseos del referido bar; practicado el registro se localizaron dos bolsitas de plástico que la mujer joven llevaba ocultas entre sus bragas, y que contenían una sustancia que tras su análisis resultó ser hachís³⁵.

CASO SEGUNDO³⁶: miembros del Grupo Antidroga de la Policía se encontraban realizando controles en la estación de Autobuses de la localidad de....., por tener sospechas de que en dicho recinto se llevaban a cabo transacciones o entregas relacionadas con el tráfico de drogas. Al observar la presencia de la imputada que se acababa de apearse de uno de los autobuses procedieron a su identificación, preguntándole el motivo de su presencia en la ciudad, sin que la sospechosa diera una explicación satisfactoria, por lo que fue trasladada a las dependencias policiales procediéndose a su cacheo, ocupándosele en el bolso varias bolsitas con cocaína.

Determinar en ambos casos la razonabilidad de las sospechas.

IV.5.3 Los cacheos o registros preventivos colectivos

El art. 177 CPP admite la práctica de registros colectivos de personas o vehículos. Entendemos que tales registros serán admisibles siempre que no encubran redadas policiales indiscriminadas. Estos registros, según el referido precepto legal, tienen un carácter preventivo, por lo que no

35 EITSE viene admitiendo la validez de los cacheos basados en confidencias: SSTSE 14 septiembre 2000, 5 febrero 2000, 19 mayo 2000, 1 diciembre 2000, 26 abril 2001.

36 Este segundo caso está basado en la STSE 23 febrero 1994, que estimó que las sospechas eran fundadas. La sentencia fue objeto de un voto particular en donde se sostenía precisamente lo contrario.

exigirán la previa concurrencia de indicios fundados, a diferencia de lo que sí se exige en el ámbito de aplicación del art. 176 CPP. En todo caso, para evitar abusos policiales la ley establece dos previsiones. Por un lado, su carácter excepcional. Por otro lado, deberá informarse previamente al ministerio público, a quien le corresponde velar por la constitucionalidad de tales registros y que los mismos no conlleven una conculcación de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

Cuando el registro colectivo se realice a propósito de una investigación penal ya iniciada, se prevé expresamente que se realice bajo la dirección del ministerio público.

El control por parte del ministerio público tiene como finalidad evitar los abusos policiales durante la práctica de tales registros colectivos.

IV.5.4 Garantías en la ejecución de los cacheos

En principio, el cacheo en cuanto a su forma de realización no afecta al derecho fundamental a la integridad física, pues por su carácter de registro superficial queda excluida toda idea de riesgo para la integridad física del sujeto.

No obstante, la forma en que se realiza el cacheo sí que puede tener incidencia en el derecho fundamental a la intimidad. El art. 176, párrafo primero, CPP, exige que en su práctica se respete el pudor y dignidad de las personas. Este derecho quedará preservado si se cumplen tres condiciones³⁷:

1. Que el cacheo fuera practicado por una persona del mismo sexo³⁸. Exigencia incorporada expresamente en el art. 176, párrafo primero, CPP.
2. Que según la intensidad y alcance corporal del cacheo se haga en sitio reservado³⁹.
3. Que se eviten posturas o situaciones degradantes o humillantes⁴⁰.

A estas condiciones habría que añadir, para el caso de que se cachearan a varias personas, que dicho cacheo se practicara separadamente, como así exige el mencionado art. 176 CPP.

37 Vid. STSE 26 abril 2001.

38 SSTSE 23 febrero 1994, 12 diciembre 2000.

39 La STSE 31 marzo 2000 descartó cualquier vulneración del derecho a la intimidad en un supuesto de cacheo de una sospechosa practicado por una agente femenina en el interior de una habitación fuera de la vista de terceras personas.

40 Se ha considerado como tal el obligar al imputado a desnudarse y hacer flexiones hasta expulsar lo que llevaba oculto en la cavidad anal o vaginal: SSTSE 5 octubre 1989, 11 mayo 1996, 26 junio 1998, 17 febrero 1999.

CASO: Sobre la forma de practicar el cacheo y su posible incidencia en el derecho a la intimidad.

Objetivo formativo concreto: Identificar las exigencias derivadas del derecho a la intimidad en cuanto a la forma de realización del cacheo.

Descripción del supuesto fáctico planteado: A raíz de las investigaciones policiales practicadas se procede a interceptar en la calle a A. M. M. por tener fundadas sospechas de que portaba sustancias estupefacientes destinadas al tráfico. Practicado un primer registro de sus ropas y pertenencias no se localiza sustancia alguna, por lo que se le conduce al portal de un edificio cercano obligándole a desnudarse íntegramente y a realizar flexiones, expulsando como consecuencia de ello varias bolsitas que llevaba ocultas en la cavidad anal. Bolsitas que una vez analizada la sustancia que había en su interior, resultó ser cocaína.

La defensa impugna la validez del cacheo por estimarlo contrario a la dignidad de la persona y al derecho a la intimidad personal.

Razonar si existió vulneración o no de tales derechos.

La falta de respeto a estas condiciones determina la vulneración del derecho a la intimidad y, por tanto, la prohibición de valorar los datos probatorios obtenidos con su práctica. Estaríamos ante un supuesto de prueba ilícita y, por tanto, de valoración prohibida que se extendería a todas las pruebas derivadas que tuvieran su origen en esta prueba ilícitamente practicada⁴¹. La eficacia refleja de la prueba ilícita está reconocida en la regla de exclusión probatoria consagrada en el art. 167 CPP al disponer que “tampoco pueden ser apreciadas aquellas pruebas que sean la consecuencia directa de ellas, salvo si se ha podido obtener otra información lícita que arroje el mismo resultado”⁴².

IV.5.5 Su valor probatorio

El art. 176 CPP exige que del registro practicado se levante un acta, en donde deberá incluirse el cumplimiento de la advertencia previa sobre el objeto buscado. El acta será firmada por la persona sometida a registro, y si rehusare a firmar se hará constar esta circunstancia en el acta.

Se prevé, que si el acta cumple estas condiciones podrá ser incorporada al juicio mediante su lectura. Estamos ante una de las excepciones a la oralidad que menciona el art. 312.I CPP. No obstante, estimamos que la regla general debería ser la presencia del funcionario policial que practicó el registro a los efectos de poder ser sometido al interrogatorio de todas las partes

41 Sobre el concepto de prueba ilícita y sus consecuencias vid. MIRANDA ESTRAMPES, M., El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal, Edit. J. M. Bosch Editor, Barcelona, 2004.

42 Se acoge así, como excepción a la eficacia refleja, la de la fuente independiente (independent source doctrine): vid. MIRANDA ESTRAMPES, M., El concepto..., cit., págs. 122 y ss.

sobre los extremos de dicho registro⁴³. Su presencia en el acto del juicio oral y su interrogatorio en calidad de testigo es la única forma de garantizar la efectiva contradicción⁴⁴. La lectura del acta debería reservarse para aquellos supuestos de imposibilidad material de presencia del funcionario policial al acto del juicio oral.

IV.6 Las intervenciones corporales como diligencias de investigación penal

IV.6.1 Concepto y clases

Las intervenciones corporales suponen una injerencia de mayor intensidad en el cuerpo del imputado pues ya no se trata simplemente de un registro superficial del perímetro corporal del sujeto o de sus ropas o pertenencias como sucede con los cacheos⁴⁵. Aunque dentro del concepto de intervenciones corporales podemos, a su vez, distinguir varias clases en función del tipo de injerencia corporal.

En atención a su finalidad, las intervenciones corporales pueden ser de dos tipos. Aquellas que tienden a buscar en el interior del cuerpo del sujeto objetos constitutivos del cuerpo del delito (como es el caso de drogas ocultas en las cavidades corporales). Pero, también, la intervención corporal puede tener como finalidad obtener muestras o tejidos biológicos del propio sujeto (cabellos, saliva, semen...), con la finalidad de cotejarlos, a través de los correspondientes análisis periciales, con los vestigios o huellas localizados en el lugar de los hechos, y determinar su participación en el hecho punible.

En la doctrina española GÓMEZ AMIGO define las medidas de intervención corporal como aquellas “diligencias sumariales de investigación y de obtención y aseguramiento de las fuentes de prueba (prueba preconstituida), que recaen o se practican sobre la materialidad física de la persona a los efectos de comprobar la existencia del hecho punible y la participación en el mismo del imputado y su grado de responsabilidad, restringiendo o limitando sus derechos fundamentales (integridad física o intimidad corporal, con carácter general); que pueden practicarse sin necesidad de que concurra el consentimiento del imputado; y que deberán decretarse en el curso de un proceso pendiente”⁴⁶.

El TCE distingue entre las inspecciones o registros corporales y las intervenciones corporales, en sentido estricto⁴⁷. Las primeras consisten en cualquier género de reconocimiento del cuerpo humano, bien sea para la determinación del imputado (diligencias de reconocimiento en rueda,

43 MIRANDA ESTRAMPES, M., La mínima actividad probatoria en el proceso penal, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1997, págs. 471 y ss.

44 Vid. art. 6.3.d) CEDH, y art. 14.3.e) PIDCP.

45 GÓMEZ AMIGO, A., Las intervenciones..., cit., pp. 107-108, excluye los cacheos del concepto de intervenciones corporales.

46 GÓMEZ AMIGO, L., Las intervenciones..., cit., p. 26.

47 Vid. STCE 207/1996, de 16 diciembre (conocido como caso Belluga López), f.j.2º. Para un sector de la doctrina no resulta adecuado incluir dentro de las inspecciones o registros corporales las diligencias de reconocimiento en rueda y los exámenes dactiloscópicos pues difícilmente se afecta al derecho a la intimidad corporal: IGLESIAS CANLE, I., Investigación penal sobre el cuerpo humano y prueba científica, Edit Colex, Madrid, 2003, p. 18.

exámenes dactiloscópicos o antropomórficos...)⁴⁸ o de circunstancias relativas a la comisión del hecho punible (electrocardiogramas, exámenes ginecológicos...) o para el descubrimiento del objeto del delito (inspecciones anales, vaginales y, también bucales...)⁴⁹. En principio no resulta afectado el derecho a la integridad física, al no producirse, por lo general, lesión o menoscabo del cuerpo, aunque sí puede verse afectado el derecho fundamental a la intimidad corporal cuando recaen sobre partes íntimas del cuerpo (por ejemplo, un examen ginecológico)⁵⁰, o inciden en la privacidad.

Las intervenciones corporales, en un sentido estricto, consisten en la extracción del cuerpo de determinados elementos externos o internos para ser sometidos a informe pericial (análisis de sangre, orina, pelos, uñas, biopsias...) o en su exposición a radiaciones (rayos X, TAC, resonancias magnéticas...), con objeto también de averiguar determinadas circunstancias relativas a la comisión del hecho punible o a la participación en él del imputado. En estos casos el derecho que puede verse afectado es el derecho a la integridad física, en tanto implican una lesión o menoscabo del cuerpo, siquiera sea de su apariencia externa.

Atendiendo al grado de sacrificio que impongan a este derecho se pueden clasificar en leves o graves. Tendrán la consideración de leves cuando, a la vista de todas las circunstancias concurrentes, no sean, objetivamente consideradas, susceptibles de poner en peligro el derecho a la salud ni de ocasionar sufrimientos a la persona afectada, como por lo general ocurrirá en el caso de la extracción de elementos externos del cuerpo (como el pelo o uñas) o incluso de algunos internos (como los análisis de sangre), y graves, en caso contrario (como por ejemplo, las punciones lumbares, extracción de líquido cefalorraquídeo...)⁵¹.

IV.6.2 Derechos fundamentales afectados

La práctica de intervenciones corporales, en sentido amplio, puede afectar a varios derechos fundamentales y constitucionales, desde el derecho a la integridad física y moral hasta el derecho a la intimidad personal y corporal. Aunque, también, podrán quedar afectados el derecho a la libertad personal, el derecho a no declarar a no declarar contra uno mismo y a no confesarse culpable, y la presunción de inocencia. También puede sufrir menoscabo la dignidad de la persona y el derecho a la salud.

Su afectación a determinados derechos fundamentales no impide la admisibilidad constitucional de dichas medidas de intervención corporal en el marco de un proceso penal como diligencias de investigación penal. La STCE 207/1996, de 16 diciembre, afirma que “ciertamente, la Constitución, en sus arts. 15 y 18.1, no prevé expresamente la posibilidad de un sacrificio legítimo de los derechos a la integridad física y a la intimidad (a diferencia, por ejemplo, de lo que ocurre con los derechos a la inviolabilidad del domicilio o al secreto de las comunicaciones –art. 18.2 y 3 CE-), mas ello no significa que sean derechos absolutos, pues pueden ceder ante razones justificadas de interés general convenientemente previstas por la ley, entre las que, sin duda, se encuentra la

48 Para un sector de la doctrina no resulta adecuado incluir dentro de las inspecciones o registros corporales las diligencias de reconocimiento en rueda y los exámenes dactiloscópicos pues difícilmente se afecta al derecho a la intimidad corporal: IGLESIAS CANLE, I., Investigación penal sobre el cuerpo humano y prueba científica, Edit Colex, Madrid, 2003, p. 18.

49 No debemos estimar incluidos dentro de las inspecciones o registros corporales a los cacheos.

50 STCE 37/1989, de 15 febrero.

51 En el presente trabajo cuando utilizemos el término intervenciones corporales incluimos tanto las inspecciones corporales como las intervenciones corporales en sentido estricto.

actuación del ius puniendi... Así pues, el interés público propio de la investigación de un delito y, más en concreto, la determinación de hechos relevantes para el proceso penal son, desde luego, causa legítima que puede justificar la realización de una intervención corporal, siempre y cuando dicha medida esté prevista por la Ley”.

IV.6.2.1 Derecho a la integridad física. Prohibición de tratos inhumanos y degradantes

El primer derecho que puede verse afectado es el derecho a la integridad física⁵². Toda intervención corporal supone una injerencia en el cuerpo del sujeto pasivo y, por banal que sea, su integridad se verá, en alguna forma, afectada. Mediante el reconocimiento de este derecho se protege la inviolabilidad de la persona, no sólo contra ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o espíritu, sino también contra toda clase de intervención en esos bienes que carezca del consentimiento de su titular⁵³.

Como añade la STCE 207/1996, de 16 diciembre, en su fj. 2º, “aunque el derecho a la integridad física se encuentra evidentemente conectado con el derecho a la salud..., su ámbito constitucionalmente protegido no se reduce exclusivamente a aquellos casos en que exista un riesgo o daño para la salud, pues dicho derecho resulta afectado por “toda clase de intervención (en el cuerpo) que carezca del consentimiento de su titular”. Continúa diciendo que mediante el derecho a la integridad física lo que se protege es el derecho de la persona a la incolumidad corporal, esto es, su derecho a no sufrir lesión o menoscabo en su cuerpo o en su apariencia externa sin su consentimiento. El hecho de que la intervención coactiva en el cuerpo pueda suponer un malestar (esto es, producir sensaciones de dolor o sufrimiento) o un riesgo o daño para la salud supone un plus de afectación, mas no es una condición sine qua non para entender que existe una intromisión en el derecho fundamental a la integridad física”. Como vemos la afectación a la integridad física se producirá no sólo en aquellos casos en que puede afectarse a la salud del individuo.

Como límite infranqueable no podrá practicarse ninguna intervención corporal cuando pueda suponer bien objetiva, bien subjetivamente, para quien tenga la obligación de soportarla un riesgo o quebranto para su salud (como por ejemplo, la extracción de líquido cefalorraquídeo o las punciones lumbares)⁵⁴. En el proceso penal dominicano la prohibición de este tipo de intervenciones corporales encuentra amparo constitucional en el art. 8.1 CRD, así como en el propio art. 99 CPP.

La práctica de toda intervención corporal deberá llevarse a cabo con respeto a la dignidad de la persona⁵⁵, sin que pueda en ningún caso constituir, en sí misma o por la forma de realizarla un trato inhumano o degradante, aspectos estos sobre los que pesa una prohibición absoluta (STCE 207/1996, de 16 diciembre)⁵⁶.

52 Art. 15 CE; art. 8.1 CRD, y art. 10 CPP.

53 SSTCE 120/1990, de 27 junio; 137/1990, de 19 julio.

54 STCE 7/1994, de 17 enero, fj. 3, en relación con la extracción de sangre para la investigación de la paternidad. En este sentido se pronuncia en la doctrina española GIL HERNÁNDEZ, A., Intervenciones corporales y derechos fundamentales, Edit Colex, Madrid, 1995, pp. 38 y 55.

55 Vid. art. 8.1 CRD, y art. 10 CPP.

56 Art. 10 CPP. Sobre el concepto de trato inhumano y degradante vid. SSTEDH caso IRLANDA contra Reino Unido, de 18 enero 1978, apartados 162 y ss.; caso TYRER contra Reino Unido, de 25 abril 1978, apartados 28 y ss. El art. 245.2 CPP italiano al regular la inspección personal (ispezione personale) establece que la misma se efectuará con respeto a la dignidad y, en la medida de lo posible, al pudor de quien haya de ser objeto de la inspección. También el art. 249.2 para los registros personales

A la vista de esta doctrina queda prohibida, con carácter absoluto, cualquier intervención corporal que suponga una lesión de la salud o de la dignidad humana, aún cuando en estos casos el imputado consienta la medida⁵⁷.

IV.6.2.2 Derecho a la intimidad personal y corporal

El TCE entiende el derecho a la intimidad personal⁵⁸ como la facultad de exclusión de los demás, tanto en lo que se refiere a la toma de conocimientos intrusiva, como a la divulgación ilegítima de esos datos. Se trata pues de que ese ámbito de la vida privada personal y familiar quede excluido del conocimiento ajeno y de las intromisiones de los demás, salvo autorización (consentimiento) del interesado. La intimidad equivale a su autodeterminación informativa⁵⁹.

Una de las manifestaciones de este derecho es el derecho a la intimidad corporal. El TCE viene configurando este derecho como derecho al pudor o recato corporal. La STCE 37/1989, reconocía que si bien la intimidad corporal forma parte del derecho a la intimidad personal, el ámbito de intimidad corporal constitucionalmente protegido no es coextenso con el de realidad física del cuerpo humano, porque no es una entidad física, sino cultural y determinada, en consecuencia, por el criterio dominante en nuestra cultura sobre el recato corporal, de tal modo que no pueden entenderse como intromisiones forzadas en la intimidad aquellas actuaciones que, por las partes del cuerpo sobre las que operan o por los instrumentos mediante los que se realiza, no constituyen, según un sano criterio, violación del poder o del recato de la persona”.

La mencionada STCE 207/1996 reproduce esta doctrina, añadiendo a continuación que “el derecho a la intimidad personal garantizado por el art. 18.1 CE tiene un contenido más amplio que el relativo a la intimidad corporal. Según doctrina reiterada de este Tribunal, el derecho a la intimidad personal, en cuanto derivación de la dignidad de la persona (art. 10.1 CE), implica la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana... y referido preferentemente a la esfera, estrictamente personal, de la vida privada o de lo íntimo”. Las intervenciones corporales pueden conllevar una injerencia en el derecho a la intimidad personal por razón de su finalidad, es decir, por lo que a través de ellas se pretenda averiguar⁶⁰. Ya no se identifica exclusivamente la intimidad con el recato o pudor, en atención a la parte del cuerpo humano en la que inciden, sino que tiene en cuenta el alcance de la información que se puede obtener con la intervención corporal.

IV.6.2.3 Derecho a la libertad personal

Toda intervención corporal supone una privación de libertad durante el tiempo imprescindible para su realización. La ejecución forzosa de un examen de sangre o de otra intervención corporal constituye, de hecho, una privación de libertad, incluso aún en el caso de que dicha privación

(perquisizioni personali).

57 GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., Proporcionalidad..., cit., págs. 291-293. HUERTAS MARTÍN, M^a I., El sujeto pasivo..., cit., pp. 400-4001.

58 Art. 18.1 CE.

59 IGLESIAS CANLE, I., Investigación penal..., cit., p. 40.

60 Tal sería el caso, por ejemplo, de la obtención de muestras para la práctica de la prueba de ADN.

sea de corta duración⁶¹. En la doctrina IGLESIAS CANLE afirma que, con o sin consentimiento voluntario, la ejecución de una medida de intervención corporal entraña siempre una necesaria privación de libertad. Ello aconseja que el auto judicial en que se decreta la intervención corporal especifique también este extremo así como las garantías que deben concurrir para la proporcionada restricción de la libertad personal⁶². ETXEBERRÍA GURIDI nos dice que en todo caso corresponderá a la autoridad judicial que ordena la medida apreciar si la particularidad de la diligencia o la del centro o personal que ha de practicarla exige una restricción en la libertad personal del afectado por ella que exceda en intensidad hasta el grado de hacerla merecedora de especial consideración; en este caso, en el mismo auto inicial o en otros posteriores señalará el Juez las garantías a observar para la proporcionada restricción de la libertad personal⁶³.

IV.6.2.4 Derecho a no declarar, a no declarar contra sí mismo y a la presunción de inocencia

La doctrina del TCE se ha construido en torno a las denominadas pruebas de alcoholemia, estableciendo que el deber de someterse a un control de alcoholemia no puede considerarse contrario al derecho a no declarar; a no declarar contra si mismo y a no confesarse culpable, pues no se obliga al detectado a emitir una declaración que exteriorice un contenido, admitiendo su culpabilidad, sino a tolerar que se le haga objeto de una especial modalidad de pericia, exigiéndole una colaboración no equiparable a la declaración comprendida en el ámbito de los derechos proclamados en el art. 17.3 y 24.2 CE⁶⁴.

Como declara la STCE 161/1997, de 2 octubre, en su fj. 6º, los derechos a la no declaración y a la no confesión comprenden únicamente "la interdicción de la compulsión del testimonio contra uno mismo". Las garantías frente a la autoincriminación, sigue diciendo el TCE en dicha sentencia, no alcanzan "a integrar en el derecho a la presunción de inocencia la facultad de sustraerse a las diligencias de prevención, de indagación o de prueba que proponga la acusación o que puedan disponer las autoridades judiciales o administrativas. La configuración genérica de un derecho a no soportar ninguna diligencia de este tipo dejaría inermes a los poderes públicos en el desempeño de sus legítimas funciones de protección de la libertad y la convivencia, dañaría el valor de la justicia y las garantías de una tutela judicial efectiva, y cuestionaría genéricamente la legitimidad de diligencias esenciales tales como la identificación y reconocimiento de un imputado, la entrada y registro en un domicilio, o las intervenciones telefónicas o de correspondencia". Más adelante añade que "los mismos efectos de desequilibrio procesal, en detrimento del valor de la justicia, y de entorpecimiento de las legítimas funciones de la Administración, en perjuicio del interés público, podría tener la extensión de la facultad de no contribución a cualquier actividad o diligencia con independencia de su contenido o de su carácter; o la dejación de la calificación de los mismos como directamente incriminatorios a la persona a la que se solicita la contribución. En suma, como indican el prefijo y el sustantivo que expresan la garantía de autoincriminación, la misma se refiere a las contribuciones de contenido directamente incriminatorio"⁶⁵. Las intervenciones corporales son también diligencias, no declaraciones, que comportan la

61 Decisión 8278/78, de 13 diciembre de 1979 de la ComEDH.

62 IGLESIAS CANLE, I., Investigación penal..., cit., p. 46.

63 ETXEBERRÍA GURIDI, J. F., Las intervenciones..., cit., p. 496.

64 SSTCE 103/1985, de 4 octubre; 107/1985, de 7 octubre; 89/1988, de 9 mayo.

65 Vid., también, STCE 234/1997, de 18 diciembre.

realización de una pericia técnica de resultado incierto, por lo que no afectan a tales derechos. La referida STCE 161/1997, de 2 octubre, concluye, en su fj. 7º, que “las pruebas para la comprobación de la conducción bajo la influencia del alcohol o de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, y, entre ellas, las de espiración de aire a través de un alcoholímetro, no constituyen en rigor una declaración o testimonio, por lo que no pueden suponer vulneración alguna de los derechos a no declarar, a no declarar contra uno mismo y a no confesarse culpable”⁶⁶.

Tampoco menoscaban, per se, el derecho a la presunción de inocencia por inversión de la carga material de la prueba. Como sigue razonando el TCE, “Las pruebas de detección discutidas, ya consistan en la espiración de aire, ya en la extracción de sangre, en el análisis de orina o en un examen médico, no constituyen actuaciones encaminadas a obtener del sujeto el reconocimiento de determinados hechos o su interpretación o valoración de los mismos, sino simples pericias de resultado incierto que, con independencia de que su mecánica concreta no requiera sólo un comportamiento exclusivamente pasivo, no pueden catalogarse como obligaciones de autoincriminarse, es decir, como aportaciones o contribuciones del sujeto que sostengan o puedan sostener directamente, en el sentido antes dicho, su propia imputación penal o administrativa... De ahí que no exista el derecho a no someterse a estas pruebas y sí, por el contrario, la obligación de soportarlas”⁶⁷.

⁶⁶ Sobre el alcance de dichos derechos véase STCE 202/2000, de 24 julio.

⁶⁷ En esta línea, la Resolución (73) 7 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, de 22 de marzo de 1973, ya indicaba que “nadie podrá negarse o sustraerse a una prueba del aliento, a que se le tome una muestra de sangre o a someterse a un reconocimiento médico. Las legislaciones nacionales serán las responsables de velar por la aplicación de este principio” (punto II.2.c). La STEDH caso SAUNDERS contra Reino Unido, de 17 diciembre 1996, apartado 69, proclama que el derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, íntimamente vinculados con el derecho a la presunción de inocencia, no prohíben el uso, en un proceso penal, de datos que hayan podido obtenerse del acusado recurriendo a facultades coercitivas, pero que existan con independencia de la voluntad del sospechoso, como, por ejemplo, las muestras de aliento, sangre y orina.

CASO: Sobre intervenciones corporales y afectación de derechos fundamentales

Objetivo formativo concreto: Analizar qué derechos fundamentales pueden resultar afectados con la práctica de las intervenciones corporales en el seno de una investigación penal.

Descripción del supuesto fáctico planteado: Con ocasión de una investigación relacionada con un delito de tráfico de drogas, uno de los imputados había manifestado en su declaración que el jefe del Grupo de Policía Judicial otorgaba protección a determinadas personas relacionadas con el tráfico de drogas a cambio de la percepción de cocaína. A consecuencia de estas manifestaciones se le tomó declaración en calidad de imputado como presunto autor de un delito de cohecho y otro contra la salud pública. En su declaración negó los hechos que se le imputaban. El Juez de la instrucción acordó mediante resolución judicial que por el Médico Forense se procediera a cortar mechones de cabello de diferentes partes de la cabeza así como la totalidad del vello de las axilas, para proceder a su análisis y determinar si era consumidor habitual u ocasional de cocaína u otros tóxicos y estupefacientes y el tiempo desde el que lo pudiera ser.

Determinar si esta medida judicial afecta o no a algún derecho fundamental. Razonar la respuesta.

IV.6.3 Principio de legalidad

Como hemos visto las intervenciones corporales, como diligencias de investigación penal pueden afectar a derechos fundamentales. Ello comporta, como requisito ineludible, la necesaria previsión legislativa de la concreta medida de intervención corporal que se trata de practicar⁶⁸.

La necesidad de previsión legal específica para las medidas que supongan una injerencia en los derechos a la intimidad y a la integridad física está expresamente prevista en el art. 8 CEDH⁶⁹, al disponer en su apartado 2º que “no podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley...”.

El TCE ha recogida esta doctrina. Así en un supuesto de exploraciones ginecológicas practicada con fines de investigación penal señaló que, dada su afectación al derecho a la intimidad corporal su limitación, sólo podía producirse “con fundamento en una inexcusable previsión legislativa”⁷⁰. La

68 GARCÍA VILA, M., “Las intervenciones corporales en la reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional ¿falta de cobertura legal?”, Revista Internauta de Práctica Jurídica, <http://www.uv.es/~ripj/monia.htm>

69 La jurisprudencia del TEDH incluye tales derechos dentro del más genérico “derecho al respeto de la vida privada y familiar”: SSTEDH caso X e Y contra Países Bajos, de 26 marzo 1985; caso COSTELLO/ROBERTS contra Reino Unido, de 25 marzo 1993.

70 STCE 37/1989, fj. 7º. También en relación con las injerencias en el derecho a la integridad física en los procesos civiles de investigación de la paternidad: STCE 7/1994, de 17 enero, fj. 3º, entre cuyos requisitos menciona que “debe existir una causa prevista por la Ley que justifique la medida judicial de injerencia”.

STCE 207/1996, de 16 diciembre declara, en su fj. 4º, que “toda intervención corporal acordada en el curso de un proceso penal, por su afectación al derecho fundamental a la integridad física (y, en su caso, de la intimidad), no puede ser autorizada por la vía reglamentaria, sino que ha de estar prevista por la ley”⁷¹.

El art. 99 CPP, bajo el epígrafe examen corporal, ofrece cobertura legal para la práctica de intervenciones corporales en la persona del imputado, al establecer que “son admisibles, siempre con la autorización judicial, extracciones de sangre y fluidos en general, además de otros estudios corporales, que deben realizarse preservando la salud del imputado”.

Ahora bien, no es suficiente con la simple previsión legislativa, sino que es necesario que la ley cumpla con determinadas requisitos o condiciones (calidad de la ley). Resulta imprescindible que la ley prevea los presupuestos y condiciones en los que procede la realización de la medida de intervención corporal, esto es, los casos en que podrán acordarse tales medidas, el procedimiento de adopción y las garantías del imputado, así como las consecuencias que se derivan del no sometimiento voluntario a las mismas y la posibilidad o no de utilizar la vis física para su realización⁷². Extremos sobre los cuáles el art. 99 CPP guarda silencio, pues la regulación legal es excesivamente parca en materia de intervenciones corporales.

IV.6.4 Principio de jurisdiccionalidad. Excepciones

En principio, dado que las intervenciones corporales implican una afectación de derechos fundamentales, como tuvimos ocasión de examinar, corresponde exclusivamente a la autoridad judicial, ante la falta de consentimiento del sujeto, la facultad de acordar la práctica de dichas medidas restrictivas en el seno de una investigación penal (principio de exclusividad jurisdiccional)⁷³. Esta es la solución adoptada en el art. 99 CPP, en donde la práctica de extracciones de sangre y fluidos en general, además de otros estudios corporales, precisa de autorización judicial.

Es el juez el que deberá ponderar la concurrencia de los presupuestos objetivos que justifican la adopción de este tipo de medidas, esto es, su proporcionalidad.

Decisión judicial que deberá plasmarse en una resolución motivada, donde se indiquen las razones que justifican la adopción de la medida, como exigencia del principio de proporcionalidad⁷⁴.

71 En el caso concreto analizado en dicha sentencia se estimó que los concretos preceptos de la LECrim (arts. 311 y 339) invocados por el Juez de Instrucción para acordar una intervención corporal consistente en cortar cabellos de diferentes partes de la cabeza y la totalidad del vello de las axilas, no ofrecían una adecuada cobertura legal para acordar la práctica de dicho acto limitativo de derechos fundamentales.

72 NARVÁEZ RODRÍGUEZ, A., “La prueba de ADN: su nueva normativa procesal”, *Jueces para la Democracia. Información y Debate*, núm. 51, noviembre 2004, p. 73.

73 Las conocidas como Reglas Mínimas del Proceso Penal (Reglas de Mallorca), elaboradas por una Comisión de Expertos de Derecho Penal para Naciones Unidas, en febrero de 1992, establecen, en su regla 23, que “Toda intervención corporal estará prohibida salvo que se cuente con el consentimiento del afectado. Sin embargo, y sólo cuando no exista otro medio para descubrir el presunto delito, la autoridad judicial podrá acordarla, atendida la gravedad del mismo y la falta de peligro para la salud del afectado”.

74 El art. 247 CPP italiano exige para las perquisizione “decreto motivato”. Vid., también, art. 171.I CPP portugués. En España, el actual art. 363, párrafo 2, LECrim, introducido por Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, autoriza al Juez de Instrucción a acordar, en resolución motivada, la obtención de muestras biológicas que resulten indispensables para la determinación del perfil de ADN del sospechoso. Con anterioridad a esta reforma, la STSE de 31 marzo 1998, en una decisión muy discutible, dio validez a la autorización judicial otorgada por teléfono a la policía para la práctica de un registro corporal en un caso urgente.

Como afirma la STCE 207/1996, de 16 diciembre, en su fj. 4º, “la exigencia de motivación aquí es ante todo un requisito formal de la regla de proporcionalidad, según el cual en las resoluciones limitativas de los derechos fundamentales debe el órgano jurisdiccional plasmar el juicio de ponderación entre el derecho fundamental afectado y el interés constitucionalmente protegido y perseguido, del cual se evidencie la necesidad de la adopción de la medida”⁷⁵. El incumplimiento de dicha obligación de motivar determina no sólo una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, sino que conlleva la vulneración del mismo derecho fundamental sustantivo afectado con la medida (integridad física o intimidad). La motivación de la decisión judicial es una exigencia derivada del propio principio de proporcionalidad⁷⁶.

No obstante, esta situación de monopolio jurisdiccional admite, en algunos casos, excepciones fundamentalmente por razones de urgencia, siempre que se trate de intervenciones corporales leves. La mencionada STCE 207/1996, de 16 diciembre, declaraba, en su fj. 4º, que la “exigencia de monopolio jurisdiccional en la limitación de los derechos fundamentales resulta, pues, aplicable a aquellas diligencias que supongan una intervención corporal, sin excluir, ello no obstante (debido precisamente a esa falta de reserva constitucional a favor del juez⁷⁷), que la ley pueda autorizar a la policía judicial para disponer, por acreditadas razones de urgencia y necesidad, la práctica de actos que comporten una simple inspección o reconocimiento o, incluso, una intervención corporal leve siempre y cuando se observen en su práctica los requisitos dimanantes de los principios de proporcionalidad y razonabilidad”.

Según esta doctrina constitucional es necesario, para que la medida de intervención corporal pueda ser acordada por la policía, el cumplimiento de los siguientes requisitos:

1. Previsión legislativa, esto es, que la ley autorice expresamente a la policía para la práctica de la diligencia⁷⁸.
2. Que concurren razones de urgencia y necesidad⁷⁹.
3. Que se trate de simples inspecciones personales o tratándose de intervenciones corporales, en sentido estricto, sean de carácter leve. Quedan descartadas las intervenciones corporales graves.
4. Respeto en la práctica de dichas diligencias de los principios de proporcionalidad y razonabilidad⁸⁰.

75 Vid., también, STSE 21 junio 1994.

76 STCE 123/1997, de 1 julio.

77 En la CE no existe en relación con las inspecciones e intervenciones corporales, en cuanto afectantes a los derechos a la intimidad (art. 18.1 CE) y a la integridad física (art. 18.2 CE), reserva absoluta alguna de resolución judicial, a diferencia de otras medidas restrictivas de derechos fundamentales, como es el caso de las entradas y registros domiciliarios (art. 18.2 CE) y la intervención de las comunicaciones (art. 18.3 CE).

78 Vid., también, STCE 37/1989, de 15 febrero.

79 Concurrirán tales razones de urgencia cuando exista peligro de desaparición de las fuentes probatorias.

80 Un sector de la doctrina española se muestra partidario de que el Ministerio Fiscal, y por su delegación la Policía Judicial, puedan ordenar inspecciones o intervenciones corporales, en casos de urgencia, siempre que se trate de intervenciones banales: ASENSIO MELLADO, J. M^a, Prueba prohibida y prueba preconstituida, Edit. Trivium, Madrid, 1989, pág. 145. GIL HERNÁNDEZ, A., Protección de la intimidad corporal: aspectos penales y procesales, Revista General del Derecho, núm. 622/623, 1996, págs. 7965-7966. También, GÓNZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., Proporcionalidad..., cit., p. 307.

En el Derecho Comparado encontramos ejemplos de intervenciones corporales que pueden ser acordadas por la propia policía o la fiscalía. Tal es el caso del párrafo 81a (2) de la StPO alemana que autoriza a la fiscalía y a sus ayudantes la ordenación de extracciones de sangre u otras ingerencias corporales cuando existiera peligro por el retraso que pudiese perjudicar el éxito de la investigación.

El art. 99 CPP admite, con carácter excepcional, que el ministerio público y sus funcionarios auxiliares puedan realizar peritajes y exámenes, cuando exista peligro en la demora. En todo caso, en su realización deberá respetarse la dignidad del imputado. Se establece un mecanismo de control judicial ex post, de tal forma que el ministerio público deberá informar sin demora innecesaria al juez o tribunal a cargo del procedimiento.

No obstante, los supuestos en que no se requiera la autorización judicial deberán tener siempre un carácter excepcionalísimo⁸¹.

IV.6.5 Garantías de su ejecución y práctica

Debe asegurarse, en todo caso, que la medida de intervención corporal no suponga un trato vejatorio o degradante ni implique un riesgo para la salud del imputado. Expresamente así se establece en el art. 99 CPP, al disponer que deberá preservarse la salud del imputado.

En principio, la práctica de las intervenciones corporales debe ser realizada por personal médico o sanitario, especialmente cuando se trate de intervenciones graves⁸². También, las que afecten simplemente al derecho a la intimidad corporal deberán ser, en principio, practicadas por personal médico o sanitario, permitiendo, incluso, que el imputado pudiera estar acompañado de una persona de su confianza como así se prevé en algunos códigos procesales penales⁸³.

No obstante, la doctrina admite que en algunas modalidades de intervención corporal no es necesaria la intervención de personal sanitario, siendo suficiente que su práctica se realice por un técnico o persona que tenga la suficiente preparación para que los resultados que se obtengan no resulten falseados por una inadecuada realización del procedimiento a seguir (como es el caso de los tests de alcoholemia)⁸⁴.

Resulta imprescindible que una vez obtenidas las muestras⁸⁵ se respete la cadena de custodia, para garantizar la autenticidad de la prueba⁸⁶.

81 Un sector de la doctrina española se muestra contrario a la posibilidad de que la Fiscalía o la policía puedan practicar intervenciones corporales sin la preceptiva autorización judicial, incluso en supuestos de urgencia: GÓMEZ AMIGO, A., *Las intervenciones...*, cit., p. 84-85.

82 STCE 37/1989, de 15 febrero, para la práctica de exploraciones ginecológicas. Por su parte, la STCE 207/1996, de 16 diciembre, declara, en su f.º 4º, que "la ejecución de tales intervenciones corporales se habrá de efectuar por personal sanitario, que deberá ser personal médico especializado en el supuesto de intervenciones graves que lo requieran por sus características". También la STCE 7/1994, de 17 enero, relativa a la extracción de sangre para la investigación de la paternidad, exige, en su f.º 3º, que "la ejecución de tales intervenciones corporales se habrá de efectuar por personal sanitario y en centros hospitalarios públicos". En el Derecho Comparado el párrafo 81a(2) StPO alemana prevé que la intervención corporal se ejecute por un médico conforme a la *lex artis*.

83 Art. 249.1 CPP italiano, y art. 172.2 CPP portugués.

84 IGLESIAS CANLE, I., *Investigación penal...*, cit., p. 77.

85 La obtención de muestras deberá realizarse conforme a la *lex artis*.

86 FÁBREGA RUÍZ, C., "Aspectos jurídicos de las nuevas técnicas de investigación criminal, con especial referencia a la "huella

IV.6.6 El “imputado” como destinatario de la medida

La intervención corporal exige la previa existencia de sospechas fundadas o indicios suficientes, aunque no exista aun una imputación judicial formal, contra la persona que va a ser sometida a la medida⁸⁷. La STCE 37/1989, de 15 febrero, hace referencia a la adecuación subjetiva de la medida, para apreciar su idoneidad, declarando que “la razonable apreciación, por la autoridad actuante, de la situación en que se halle el sujeto que puede resultar afectado, apreciación que se ha de hacer en relación con las exigencias de la actuación judicial en curso, pues no se acomodaría ciertamente, al derecho fundamental la resolución que constriñese el ámbito de intimidad de quienes no se hallan en una posición o situación específica respecto de aquella actuación, como tampoco respetaría la garantía que consideramos la medida desatenta a toda estimación de proporcionalidad entre el sacrificio del derecho y la situación en que se halla aquel a quien se le impone.... Y no cabe ignorar a este propósito, que la providencia de 21 de noviembre de 1986 se orientó, en el extremo que ahora importa, a la determinación de un hecho que pudiera ser constitutivo de delito y respecto del cual la demandante de amparo aparecía ya, según antes observamos, con la efectiva condición de imputada, siendo de relevante consideración, a estos efectos, que la sospecha judicial sobre la realización del hecho no carecía, vistas las actuaciones, de fundamento racional....”⁸⁸.

En la doctrina española, IGLESIAS CANLE señala que será la resolución judicial que acuerde la medida de injerencia corporal la que deberá valorar la existencia y gravedad de tales indicios, en cumplimiento del mandato de proporcionalidad de la medida. Es el juez de instrucción el que debe realizar una ponderación de tal atribución, y sólo si la considera fundada, deberá considerarla suficiente para que se produzca la imputación, y lo que ello comporta, permitiendo la adopción, si concurren los presupuestos para ello, de las medidas de intervención corporal que se consideren útiles a efectos de la investigación⁸⁹.

La exigencia de concurrencia de indicios o sospechas fundadas y suficientes prohíbe las intervenciones corporales aplicadas de forma genérica o indiscriminada con el único objetivo de “buscar” un sospechoso⁹⁰. No es posible acordar una intervención corporal con carácter prospectivo, pues sería contraria al principio de proporcionalidad pues difícilmente podrían ponderarse los bienes jurídicos afectados⁹¹.

En el proceso penal dominicano la práctica de las intervenciones corporales se prevé únicamente para el imputado (art. 99 CPP).

genética” y su valoración judicial”, La Ley, núm. 4721, 1999, p. 3-4.

87 ASENCIO MELLADO, J. M^a, Prueba prohibida..., cit., págs. 146-147. HUERTAS MARTÍN M^a I., El sujeto pasivo..., cit., págs. 395-396. GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., Proporcionalidad..., cit., pág. 309. ETXEBERRÍA GURIDI, J. F., Las intervenciones corporales..., cit., págs. 325 y ss. GÓMEZ AMIGO, A., Las intervenciones..., cit., pág. 71. El actual art. 363, párrafo 2º, LECrim, que prevé la obtención de muestras biológicas para la determinación del perfil de ADN, se refiere expresamente al “sospechoso”.

88 También, la STCE 57/1994, de 28 febrero, exige para la adopción de una medida de intervención corporal, en el ámbito penitenciario, la existencia de sospechas fundadas o indicios serios de la atribución al sujeto afectado de la conducta investigada.

89 IGLESIAS CANLE, I., Investigación penal..., cit., p. 84.

90 ETXEBERRÍA GURIDI, J. F., “Las intervenciones corporales: la regulación que se aproxima”, Tribunales de Justicia, núm. 12, 2000, p. 1310.

91 IGLESIAS CANLE, I., Investigación penal..., cit., p. 92.

IV.6.7 Presupuestos objetivos: el principio de proporcionalidad

Como exigencia del principio de proporcionalidad la STCE 37/1989, de 15 febrero, condiciona la admisibilidad de la intervención corporal a que la persona tenga, al menos, la condición de imputada, a que la misma se acuerde mediante una decisión judicial motivada que pondere razonablemente la gravedad de la intromisión que la actuación prevista comporta y su carácter imprescindible para asegurar la defensa del interés público que se pretende defender mediante el ejercicio del *ius puniendi* (fj. 8°). Juicio de ponderación, que como tuvimos ocasión de señalar, el órgano jurisdiccional debe plasmar en la resolución judicial al objeto de constatar la necesidad de la medida⁹².

La vulneración del principio de proporcionalidad en la práctica de la medida de intervención corporal determina la inutilizabilidad procesal de las fuentes probatorias obtenidas y, por tanto, la prohibición de su admisión y valoración judicial.

La proporcionalidad de la medida implica el cumplimiento de los siguientes requisitos: juicio de idoneidad, juicio de necesidad y juicio de proporcionalidad en sentido estricto.

IV.6.7.1 Juicio de idoneidad

La medida de intervención corporal acordada debe ser idónea para alcanzar el fin constitucionalmente legítimo perseguido con ella, esto es, debe servir objetivamente para determinar los hechos que constituyen el objeto del proceso penal o la participación en los mismos del imputado (adecuación objetiva de la medida).

Como nos dice IGLESIAS CANLE es fundamental en materia de intervenciones corporales realizar una efectiva individualización de la medida y a ello responde este juicio de idoneidad de la medida en relación a cada supuesto y sujeto concreto sometido a esa injerencia⁹³.

IV.6.7.2 Juicio de necesidad

La medida no sólo debe ser objetivamente idónea sino, además, necesaria en el sentido de que no exista otra medida más moderada o con un menor grado de afectación para la integridad física o la intimidad, para alcanzar el objetivo propuesto. Como apunta GÓNZALEZ-CUÉLLAR SERRANO es necesario evitar cualquier intervención corporal cuya finalidad pueda suplirse por otros medios menos lesivos para los derechos fundamentales del sujeto pasivo objeto de estas diligencias⁹⁴.

La necesidad de la medida se traduce, por tanto, en su imprescindibilidad. A este requisito se refería la STCE 7/1994, de 17 enero, con el término *indispensabilidad*, afirmando, en el fj. 3°, que “las pruebas biológicas en la medida que conllevan la práctica de una intervención corporal

92 La STCE 7/1994, de 17 enero, al referirse a las pruebas biológicas de paternidad señala, en el fj. 3°, que la medida judicial que ordena su realización debe guardar una adecuada proporción entre la intromisión que conlleva en la intimidad y la integridad física o moral del afectado por ellas y la finalidad a la que sirve. Ponderación que debe plasmarse en la motivación de la necesidad de la medida que ha de razonarse en la decisión judicial.

93 IGLESIAS CANLE, I., *Investigación penal...*, cit., p. 98.

94 GÓNZALEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., *Proporcionalidad...*, cit., p. 309.

tan sólo se justifican cuando sean indispensables para alcanzar los fines constitucionalmente protegidos, de tal suerte que, cuando la evidencia sobre la paternidad pueda obtenerse a través de otros medios probatorios menos lesivos para la integridad física, no está autorizado el órgano judicial a disponer la práctica obligatoria de los análisis sanguíneos⁹⁵.

En la doctrina GÓMEZ AMIGO nos dice que una medida de intervención corporal sólo será imprescindible cuando no pueda utilizarse otro medio de investigación que, con igual eficacia, restrinja en menor medida los derechos fundamentales afectados. Incluso, una vez constatado que es imprescindible la realización de una intervención corporal, el Juez de Instrucción deberá concretar cuál es la concreta medida que debe practicarse y su forma de realización, ya que en materia de medidas restrictivas de derechos fundamentales siempre deben emplearse los medios que menos restrinjan los mismos⁹⁶.

CASO: Sobre examen del juicio de necesidad en las medidas de intervención corporal.

Objetivo formativo concreto: Adquirir habilidades suficientes para realizar el juicio de necesidad de la intervención corporal como exigencia de su proporcionalidad.

Descripción del supuesto fáctico planteado: Por investigaciones practicadas se tuvo conocimiento de que el interno F.G.M. pretendía al reintegrarse al establecimiento penitenciario, tras disfrutar de un permiso, introducir sustancias estupefacientes ocultas en su cuerpo, concretamente en la cavidad anal. Ante la negativa del interno a ser examinado por personal facultativo, se puso los hechos en conocimiento de la autoridad judicial competente (Juez de la Instrucción). El órgano judicial dictó la correspondiente resolución en donde tras apreciar la concurrencia de indicios racionales de la existencia del hecho denunciado, constitutivo de un delito grave (de tráfico de drogas) acordó, como medida de intervención corporal, que por un médico se procediese a practicar un tacto anal al imputado para comprobar si portaba oculta la droga⁹⁷.

IV.6.7.3 Juicio de proporcionalidad en sentido estricto

Además de su idoneidad y necesidad es imprescindible que la medida de intervención corporal imponga un sacrificio para los derechos fundamentales afectados (integridad física e intimidad) que no resulte desmedido en comparación con la gravedad de los hechos y las sospechas existentes.

95 La STSE de 18 noviembre 2002 analizó un supuesto de extracción de sangre para para la práctica de la prueba de ADN para investigar un delito de agresión sexual a la esposa, que se acordó mediante resolución judicial motivada, afirmando que “las intervenciones corporales que no generan peligro para la salud del acusado son constitucionalmente admisibles, siempre y cuando sean proporcionadas a la gravedad del delito y la prueba del mismo no pueda ser obtenida de otra manera”.

96 GÓMEZ AMIGO, A., Las intervenciones..., cit., p. 76.

97 El referido caso está basado en la STSE 26 diciembre 2000. Vid. STSE 7 junio 1994 en la que se afirma que la orden judicial ha de concretar el medio a emplearse, de suerte que si cabía el empleo del examen radiológico seguido, caso de resultado positivo, del requerimiento expreso para que la aportadora entregase voluntariamente la droga, no debía utilizarse la exploración vaginal de carácter manual, a practicar por un médico especialista, con el consiguiente contacto en unas partes íntimas.

Se exige, pues, que la medida sea ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicio sobre otros bienes o valores en conflicto⁹⁸. Ello exigirá una adecuación entre la intromisión en el derecho y la gravedad de los hechos indagados así como la posible pena a imponer⁹⁹.

Desde determinados sectores doctrinales se ha propuesto la incorporación a la ley de un catálogo de delitos respecto de los cuales estaría admitida la práctica de una intervención corporal, e incluso el tipo de medida concreta de intervención corporal admisible¹⁰⁰. Otros autores se muestran contrarios a la fijación legal de dicho catálogo o listado de delitos, aunque sí que el juez deberá, en todo caso, ponderar la gravedad del hecho delictivo objeto de investigación¹⁰¹. Gravedad que vendrá determinada no sólo por la pena que el delito lleva aparejada, sino también en atención al bien jurídico protegido y a la relevancia social de los hechos (delitos de trascendencia social)¹⁰².

IV.6.7.4 La negativa del sujeto a someterse voluntariamente a las intervenciones corporales: consecuencias jurídicas

Es este, quizás, el tema más espinoso y menos pacífico de la regulación de las intervenciones corporales. Se plantean dos cuestiones íntimamente relacionadas. Por un lado, cuáles son las consecuencias que se derivan de la negativa del imputado a someterse a una intervención corporal. Por otro lado, hay que determinar si es posible la utilización de coerción física para imponer coactivamente al sujeto la medida de intervención corporal acordada judicialmente. No existe una solución única ni en la doctrina ni en el Derecho Comparado.

Para aquel sector de la doctrina que estima que el sometimiento a la medida de intervención corporal se configura como una carga procesal, la negativa injustificada del imputado podrá, como consecuencia desfavorable, ser valorada como indicio de culpabilidad¹⁰³, lo que exigirá de una adecuada previsión legislativa. Para este sector doctrinal el empleo de la fuerza física convertiría la medida en degradante y, por tanto, prohibida constitucionalmente¹⁰⁴. Obviamente, este indicio, por sí mismo no sería suficiente para estimar destruida la presunción de inocencia, sino que sería necesaria la concurrencia de otros indicios de culpabilidad. La valoración indiciaria de la negativa tendría un carácter meramente complementario pues deberá valorarse conjuntamente con el resto de las pruebas o indicios obrantes en la causa¹⁰⁵. La resolución judicial que acuerde

98 STCE 207/1996, de 16 diciembre, fj. 4º; la sentencia descartó que en el caso concreto analizado se cumplieran las condiciones exigidas por el principio de proporcionalidad, pues "la finalidad que se persigue con la intervención corporal recurrida en amparo no es, pues, la de acreditar los hechos constitutivos de la infracción penal, sino únicamente un hecho indiciario....., por lo que no es posible admitir que aquella medida sea "necesaria" a los fines del aseguramiento del ejercicio del ius puniendi, ni, por tanto, acorde con la regla constitucional de la proporcionalidad de los sacrificios. Dicho en otras palabras, un acto instructorio que limite un derecho fundamental no puede estar dirigido exclusivamente a obtener meros indicios o sospechas de criminalidad, sino a preconstituir la prueba de los hechos que integran el objeto del proceso penal".

99 ASECIO MELLADO, J. Mª, Prueba prohibida..., cit., pág. 80.

100 ASECIO MELLADO, J. Mª, Prueba prohibida..., cit., p. 148, propone que la ley incorpore un listado escalonado y en relación a cada uno de los delitos que, en principio, suelen precisar o acomodarse a la exigencia de intervenciones corporales, que contuviera un orden de prelación de dichas medidas en atención a su carácter más o menos grave.

101 GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., Proporcionalidad..., cit., págs. 309-310. ETXEBERRÍA GURIDI, J. F., Las intervenciones..., cit., pág. 175. IGLESIAS CANLE, I., Investigación penal..., cit., p. 100.

102 IGLESIAS CANLE, I., Investigación penal..., cit., p. 91. GÓMEZ AMIGO, A., Las intervenciones..., cit., pp. 78-79.

103 HUERTAS MARTÍN, Mª. I., El sujeto pasivo..., cit., pp. 410-411.

104 FORCADA JORDI, M., "Las inspecciones o registros sobre la propia persona", La Ley, 1990-4, págs. 993-995. En contra, también, de la admisibilidad del recurso a la coacción física directa en la práctica de las diligencias de investigación corporal vid. ETXEBERRÍA GURIDI, J. F., Las intervenciones..., cit., p. 465.

105 MONER MUÑOZ, E., "Las intervenciones corporales", en AA.VV., La restricción de los derechos fundamentales de la persona

esta medida restrictiva deberá, por tanto, contener la advertencia de las posibles consecuencias de la negativa, de modo que el sujeto destinatario de la misma pueda conocer cuáles son tales consecuencias y optar por la aceptación o negación de la sumisión a la intervención corporal¹⁰⁶. No faltan autores que se muestran contrarios a esta posición doctrinal, al estimar que el no sometimiento a un reconocimiento corporal, en tanto supone el ejercicio del derecho a no inculparse y a no colaborar, no puede ser considerado como un indicio de culpabilidad¹⁰⁷ o como mínimo, su utilización como indicio "contra reo" presenta un carácter dudoso¹⁰⁸.

Otro sector doctrinal, niega que estemos ante una simple carga procesal y defiende su consideración como una verdadera obligación procesal del imputado¹⁰⁹. Este tendrá, por tanto, la obligación de someterse a la media de intervención corporal acordada judicialmente. Las diferencias residen en las consecuencias que se derivan del incumplimiento de dicha obligación. Para algunos autores dicho incumplimiento dará lugar a la comisión de un posible delito de desobediencia a la autoridad judicial (coerción indirecta)¹¹⁰. Otros, por el contrario, en línea con algunas soluciones previstas en el Derecho Comparado¹¹¹, se decantan por la posibilidad de la utilización de la vis física, siempre que esté prevista expresamente en la ley (coerción directa) y no se incurra en tratos vejatorios o degradantes ni se ponga en riesgo la salud del afectado¹¹². El TCE se ha decantado por otorgar a la negativa injustificada del sujeto el valor de indicio de la comisión de los hechos, negando, en todo caso, el recurso a la coacción física para imponer una intervención corporal¹¹³. En la misma línea, la STSE de 4 febrero 2003, en relación con una

en el proceso penal, CGPJ, Madrid, 1993, pág. 180. DEL MORAL GARCÍA, A., "Intervenciones corporales...", cit., p. 77.

- 106 HUERTAS MARTÍN, M^a. I., El sujeto pasivo..., cit., pág. 413. La STSE de 21 junio 1994 apreció la existencia de un vicio del consentimiento pues la resolución judicial que acordó la extracción sanguínea utilizó la fórmula "con fines de exculpación", lo que determinó la ilicitud de la prueba de ADN practicada. La STSE de 7 marzo 1996 exige que el consentimiento del imputado para la práctica de una intervención corporal debe ser expreso, libre y no viciado. En relación con la libertad del consentimiento la STSE 28 diciembre 2000 admitió la licitud de una exploración radiológica autorizada judicialmente a un interno de un centro penitenciario al sospechar que contenía droga en su organismo después de un permiso de salida, añadiendo, a continuación, que el simple consentimiento del interno al estar en situación de prisión y, por tanto, privado de libertad, hubiera sido inválido pues su capacidad de autodeterminación se encontraba severamente disminuida.
- 107 LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., y RODRÍGUEZ RAMOS, L., "La intimidación corporal devaluada (Comentario a la sentencia número 37/89, de 15 de febrero, del TC)", Poder Judicial, núm. 14, 1989, p. 129. Más recientemente LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., "La prueba en el proceso penal obtenida mediante el análisis del ADN", en AA.VV., Genética y Derecho, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, núm. VI, Madrid, 2004, p. 231.
- 108 ASENSIO MELLADO, J. M^a, Prueba prohibida..., cit., pág. 152, apunta su posible incompatibilidad con la presunción de inocencia.
- 109 GÓMEZ AMIGO, A., Las intervenciones corporales..., cit., pp. 44-45.
- 110 Solución que no está exenta de fundadas críticas: vid. ETXEBERRÍA GURIDI, J. F., Las intervenciones corporales..., cit., pp. 460 y ss.
- 111 El Derecho alemán autoriza la práctica de intervenciones corporales aun sin consentimiento del inculcado, siempre que no se temiera ninguna desventaja para su salud: parágrafo 81a (1) StPO. También el CPP portugués establece en su art. 172 que si alguien pretende eximirse o impedir cualquier examen debido podrá ser compelido por decisión de la autoridad judicial competente, respetando en todo caso la dignidad de la persona y, en cuanto ello fuere posible, el pudor del sometido, que podrá estar acompañado de persona de su confianza. En el derecho inglés, la Police and Criminal Evidence Act de 1984 (PACE) distingue en su section 62 y 63, entre muestras íntimas (por ejemplo, cabello público) y muestras no íntimas (como por ejemplo, la saliva, cabellos no públicos...), no autorizándose la utilización de la coerción física para la obtención de las primeras (íntimas: orificios corporales distintos de la boca), en cuyo caso podrán deducirse consecuencias adversas de la negativa injustificada a la práctica de estas diligencias (adverse inference). Aunque por sí misma no pueden ser consideradas suficientes para fundamentar una sentencia condenatoria.
- 112 GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., Proporcionalidad..., cit., pp. 294 y ss. IGLESIAS CANLE, I., Investigación..., cit., págs. 115 y ss., sostiene esta posición en relación con la obtención de muestras biológicas para la práctica de pruebas de ADN, con un carácter residual, tras agotar otros recursos, y siempre que se cumplan los presupuestos de la proporcionalidad. También, GÓMEZ AMIGO, A., Las intervenciones corporales..., cit., pp. 48-49.
- 113 STCE 37/1989, de 15 febrero, fj. 8^o, en donde califica el empleo de fuerza física como degradante y contrario a la prohibición contenida en el art. 15 CE. Debemos recordar que el caso analizado era una exploración ginecológica. También, la SSTCE 107/1985, de 7 octubre, referida a los controles de alcoholemia, en donde se afirma que "nadie puede ser coercitivamente

extracción de sangre para la práctica de una prueba de ADN, se muestra contraria a la utilización de la fuerza física o cualquier otra actitud compulsiva o coactiva sobre la persona para que ésta se presta a la práctica de la prueba. Dicha sentencia admite su utilización como indicio, insuficiente por sí mismo, pero que conectado con el resto de la prueba puede reforzar las conclusiones obtenidas por el órgano juzgador¹¹⁴.

El silencio que sobre este trascendental extremo guarda el art. 99 CPP debe suplirse con la previsión del art. 107 del mismo texto procesal penal, que al referirse a los métodos prohibidos menciona expresamente “las violencias corporales”. La utilización de la vis física para la práctica de las intervenciones corporales no puede ampararse en el art. 95.2 CPP, pues se refiere exclusivamente a la fuerza necesaria para practicar el arresto del imputado, y guarda correspondencia con lo previsto en el art. 276 CPP que establece los principios básicos de actuación policial durante el arresto¹¹⁵. Estimamos, pues, que no es posible la utilización de la coerción física para vencer la voluntad del imputado contraria a la práctica de la intervención judicial acordada judicialmente.

CASO: Sobre las consecuencias jurídicas derivadas de la negativa al sometimiento voluntario a la intervención corporal.

Objetivo formativo concreto: Reflexionar sobre las diferentes soluciones que pueden proponerse frente a la negativa al sometimiento voluntario por parte del imputado.

Descripción del supuesto fáctico planteado: Con ocasión de las investigaciones practicadas en relación a un presunto delito de agresión sexual, se requirió al imputado para que se sometiera a una extracción de sangre con la finalidad de identificar los perfiles de A.D.N. El imputado se negó inicialmente a este requerimiento alegando que era inocente. Ante esta negativa el Juez de la instrucción dictó una resolución en donde ponderando la proporcionalidad de la medida de intervención acordada requería al imputado para que se sometiera a la misma advirtiéndole que su negativa podría ser constitutiva de delito de desobediencia a la autoridad.

¿Es admisible efectuar este requerimiento judicial en la legislación procesal penal dominicana? Razonar la respuesta.

compelido, con vis física, a la verificación de este tipo de análisis; y 207/1996, de 16 diciembre, fj. 6°.

114 La STSE 4 junio 2003 contemplo un supuesto en donde se acordó inicialmente la extracción de saliva del sospechoso, quien inicialmente se había negado a la misma, aunque posteriormente el Juez de instrucción dictó una resolución autorizando la extracción bajo la conminación de que de no someterse a dicha recogida podría ser imputado de delito de desobediencia, accediendo el sospechoso, ante dicha conminación, a prestar finalmente el consentimiento.

115 Tampoco el art. 141 CPP que se refiere a las facultades coercitivas del juez o tribunal o el ministerio público ofrece una cobertura legal adecuada para la utilización de la vis física, por su excesiva generalidad.

IV.7 Registro de moradas y lugares privados

IV.7.1 El derecho a la inviolabilidad domiciliaria

La CRD consagra el derecho a la inviolabilidad del domicilio, estableciendo que ninguna visita domiciliaria puede verificarse sino en los casos previstos por la ley y con las formalidades que ella prescribe (art. 8.3 CRD)¹¹⁶. Todo registro domiciliario estará sometido al principio de legalidad, pues sólo podrá acordarse en aquellos supuestos previstos legalmente y respetando las garantías y el procedimiento fijado en la ley. La Constitución nacional dominicana delega en el legislador ordinario la fijación de los supuestos en que puede acordarse la entrada y registro domiciliario, así como las garantías que deben concurrir y el procedimiento para ello.

El derecho a la inviolabilidad del domicilio aparece estrechamente vinculado con el derecho a la vida privada y a la intimidad personal. La STCE 22/1984, de 17 febrero, afirmaba, en su fj. 2º, que “la protección constitucional del domicilio es una protección de carácter instrumental, que defiende los ámbitos en que se desarrolla la vida privada de la persona. Por ello existe un nexo de unión indisoluble entre la norma que prohíbe la entrada y el registro en un domicilio (art. 18.2 de la Constitución) y la que impone la defensa y garantía del ámbito de privacidad (art. 18.1 de la Constitución)¹¹⁷. Todo ello obliga a mantener, por lo menos, “prima facie”, un concepto constitucional de domicilio en mayor amplitud que el concepto jurídico privado o jurídico-administrativo”. Añade a continuación que “el domicilio inviolable es un espacio en el cual el individuo vive sin estar sujeto necesariamente a los usos y convenciones sociales y ejerce su libertad más íntima. Por ello, a través de este derecho no sólo es objeto de protección el espacio físico en sí mismo considerado, sino lo que en él hay de emanación de la persona y de esfera privada de ella”.¹¹⁸ Como apunta FRANCO ARIAS la inviolabilidad del domicilio no cubre sólo la morada o habitación en sentido estricto, sino también aquellos otros lugares en que se desarrolla alguna manifestación de la vida privada.¹¹⁹

116 El art. 14 Constitución italiana utiliza una fórmula similar; al disponer que “no se podrán efectuar inspecciones o registros ni embargos salvo en los casos y con las modalidades establecidas por la ley y conforme a las garantías prescritas para la salvaguarda de la libertad personal”. Distinta es la fórmula utilizada en el art. 18.2 CE, que proclama que “El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él si consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito”.

117 Vid., también, SSTCE 126/1995, de 25 julio; 228/1997, de 16 diciembre; 94/1999, de 31 mayo.

118 La reciente STCE 10/2002, de 17 enero, que declaró la inconstitucionalidad del art. 557 LECrim, señala que “el rasgo esencial que define el domicilio a los efectos de la protección dispensada por el artículo 18.2 CE reside en la aptitud para desarrollar en él vida privada y en su destino específico a tal desarrollo aunque sea eventual. Ello significa, en primer término, que su destino o uso constituye el elemento esencial para la delimitación de los espacios constitucionalmente protegidos, de modo que, en principio, son irrelevantes su ubicación, su configuración física, su carácter mueble o inmueble, la existencia o tipo de título jurídico que habilite su uso, o, finalmente, la intensidad y periodicidad, con la que se desarrolla la vida privada en el mismo. En segundo lugar; si bien el efectivo desarrollo de vida privada es el factor determinante de la aptitud concreta para que el espacio en el que se desarrolla se considere domicilio, de aquí no se deriva necesariamente que dicha aptitud no pueda inferirse de algunas de estas notas, o de otras, en la medida en que representen características objetivas conforme a las cuales sea posible delimitar los espacios que, en general, pueden y suelen ser utilizados para desarrollar la vida privada”. También, SSTCE 94/1999, de 31 mayo; 8/2000, de 17 enero. El concepto constitucional de domicilio ha sido acogido por el TSE: SSTSE 29 abril 1994, 19 enero 1995, 16 mayo 2001.

119 FRANCO ARIAS, J., “La entrada en lugar cerrado”, Justicia, 1988, III, p. 586.

IV.7.2 Jurisdiccionalidad. Excepciones

Nada dice el texto constitucional al respecto (art. 8.3 CRD), al contrario de lo que sucede en otras Constituciones nacionales¹²⁰, pero la afectación de derechos fundamentales que conlleva la medida de entrada y registro domiciliario exige, como regla general, la reserva jurisdiccional.

El nuevo CPP consagra la necesidad de autorización judicial motivada para proceder al registro de un recinto privado (art. 180 CPP). Como analizaremos más adelante, el concepto de recinto privado es más amplio que el de domicilio o morada, pues, según el referido art. 180 CPP (bajo el epígrafe Registro de moradas y lugares privados) se incluyen los destinados a “la habitación o a otros fines particulares”. La referencia a otros lugares destinados a fines particulares refuerza la vinculación de la inviolabilidad domiciliaria con el derecho a la intimidad personal.

En realidad, la resolución judicial autorizaría dos actuaciones de investigación distintas, por un lado la entrada en el recinto privado y, por otro lado, el posterior registro del mismo para la búsqueda y localización de vestigios o huellas del delito¹²¹. Aunque el tratamiento legal de la entrada y registro sea conjunto lo cierto es que pueden tener una finalidad y un objeto diverso¹²². La entrada, como penetración o introducción en un lugar cerrado, no siempre implica un posterior registro, pues puede estar encaminada exclusivamente a la localización y arresto del sospechoso. Por el contrario, el objeto del registro es distinto y presupone siempre una previa entrada¹²³. El registro está encaminado a la localización, búsqueda y recogida de efectos o instrumentos del delito, o libros, papeles u otros objetos que puedan servir para su descubrimiento y comprobación¹²⁴. Tiene, pues, una finalidad de aseguramiento de las fuentes probatorias.

Resolución judicial que deberá ser motivada, conforme a la previsión general contenida en el art. 24 CPP. Motivación que viene impuesta por el principio de proporcionalidad, como veremos más adelante.

La exigencia de autorización judicial admite excepciones. El art. 181 CPP contempla tres supuestos de registro sin autorización judicial:

I. Cuando sea necesario para evitar la comisión de una infracción

Dentro de esta excepción pueden incluirse los supuestos de flagrancia delictiva. La flagrancia se caracteriza por la actualidad de su comisión, esto es que el delincuente sea sorprendido en el momento de ejecutarlo, y la evidencia de la perpetración. Es la urgencia de la actuación la que

¹²⁰ Art. 18.2 CE, y art. 16 Constitución mexicana de 1917.

¹²¹ El art. 18.2 CE distingue entre la entrada y el registro, aunque somete a ambos al mismo régimen.

¹²² HINOJOSA SEGOVIA, R., La diligencia de entrada y registro en lugar cerrado en el proceso penal, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1996, págs. 45-46. Más adelante (pág. 55) define dicha diligencia como “acto procesal de investigación restrictivo de un derecho fundamental –la inviolabilidad del domicilio– condicionado a los presupuestos previstos en el ordenamiento jurídico, que tiene por objeto la penetración en un lugar para la detención del sospechoso, la ejecución de un mandamiento de prisión o para prevenir la comisión de un hecho delictivo y, en su caso, a la observación, búsqueda y recogida de efectos o instrumentos del delito u otros objetos que puedan servir para su descubrimiento o comprobación, cuando existan indicios determinantes para su adopción”. Vid., también, RODRÍGUEZ SOL, L., Registro domiciliario y prueba ilícita, Edit Comares, Granada, 1998, pp. 6-7; CABEZUDO BAJO, M^a J., La protección del domicilio, Centro Francisco Tomás y Valiente, UNED, Valencia, 2004, pp. 91 y 93.

¹²³ ATC 223/1993, de 9 julio.

¹²⁴ Art. 546 LECrim.

justifica la no necesidad de autorización judicial. La evidencia (del delito) y la urgencia (de la intervención policial) son las notas características del concepto de flagrancia¹²⁵.

El art. 18.2 CE excluye del requisito de la previa autorización judicial los supuestos de delito flagrante. La STCE 94/1996, de 28 mayo, declara que “es evidente que, a la luz de lo dispuesto en el art. 18.2 CE, los funcionarios de las fuerzas y cuerpos de seguridad, para entrar en un domicilio, han de procurarse el necesario mandamiento judicial, salvo en los estrictos supuestos en que, por concurrir una situación de flagrancia delictiva, el seguimiento del trámite conducente a la obtención de aquella autorización judicial puede ser susceptible de ocasionar la frustración de los fines que dichos funcionarios están legal y constitucionalmente llamados a desempeñar en la prevención del delito, el aseguramiento de las fuentes de prueba y la detención de las personas presuntamente responsables”.

El tenor literal del precepto (art. 181 CPP) parece contemplar únicamente aquellos supuestos en que la entrada tuviera como finalidad evitar la consumación del delito. Ello plantea el interrogante de si es posible dicha entrada cuando la finalidad fuese la captura del delincuente –fuera del último supuesto contemplado en el mencionado precepto- que acaba de cometer el hecho delictivo en el domicilio o cuando se trata de impedir el agotamiento del delito.

CASOS: Sobre entrada y registro domiciliario en supuestos de percepción directa de los hechos por parte de los agentes policiales

Objetivo formativo concreto: Identificar aquellos supuestos que autorizan la entrada y registro domiciliario sin necesidad de previa resolución judicial.

Descripción del supuesto fáctico planteado:

CASO PRIMERO: Con ocasión de las investigaciones policiales realizadas para el descubrimiento de un delito de tráfico de drogas se estableció un discreto operativo de vigilancia policial en los alrededores de la vivienda donde residía la imputada M. M. G. Tras comprobar cómo dos jóvenes entraban en el referido domicilio, sito en la planta baja del edificio, los policías actuantes pudieron observar a través de la ventana, que se encontraba abierta, cómo la imputada se encontraba pesando, con una balanza, la droga y recibía dinero de aquellas personas, momento en el cual los policías decidieron entrar en la vivienda, procediendo a la detención de la imputada y de los dos jóvenes que habían entrado en la misma, así como a la aprehensión de la droga, la balanza y el dinero¹²⁶.

CASO SEGUNDO: Con ocasión de las investigaciones policiales relacionadas con un presunto delito de tráfico de drogas, se montó un operativo policial de vigilancia

¹²⁵ SSTCE 341/1993, de 12 noviembre; 94/1996, de 28 mayo.

¹²⁶ Supuestos similares fueron analizados en las SSTSE 13 marzo 2000, 15 noviembre 2002, y ATSE 8 octubre 2001, así como en la STCE 94/1996, de 28 mayo.

de la vivienda de la imputada B. G. H., observándose cómo entraban continuamente personas jóvenes que tras permanecer unos pocos minutos salían de nuevo a la calle. Al interceptarse a varias de dichas personas se les ocupó diversas papelinillas conteniendo heroína, manifestando que la habían comprado para su consumo en la vivienda ocupada por la imputada, sita en el tercer piso del inmueble. Ante estas manifestaciones el jefe del operativo policial, observando cómo dos personas jóvenes acababan de entrar en la vivienda de la sospechosa ordenó su entrada en la misma, procediendo a la aprehensión de diversas bolsitas conteniendo heroína, una balanza de precisión y dinero, así como sustancia utilizada para adulterar la heroína¹²⁷.

¿Debían en ambos casos los policías haber solicitado el oportuno mandamiento judicial para proceder a la entrada en el domicilio de la imputada?

2. En respuesta a un pedido de auxilio

En estos casos la petición de auxilio comporta una autorización para la entrada en el domicilio. Estamos ante supuestos en que la entrada en el domicilio ajeno aparece justificada como respuesta a la petición de ayuda y precisamente para evitar daños graves a las personas o cosas. En España el art. 21.3 de la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre protección de la seguridad ciudadana, estima como causa legítima suficiente para la entrada en domicilio, la necesidad de evitar daños inminentes y graves a las personas y a las cosas, en supuestos de catástrofe, calamidad, ruina inminente u otros semejantes de extrema y urgente necesidad¹²⁸. Se trata de supuestos que quedarían comprendidos dentro del estado de necesidad.

La excepción prevista en el art. 181 CPP presenta unos perfiles más amplios, pues autoriza la entrada no sólo en estos casos de catástrofe o calamidad (por ejemplo, un incendio, una inundación), sino, también, por ejemplo a petición de la víctima que en esos momentos está siendo agredida o atacada en su domicilio, o que se encuentra secuestrada. Supuestos, estos últimos que, en realidad, vienen a constituir una modalidad de flagrancia delictiva.

Esta petición de auxilio puede proceder de uno de los moradores de la vivienda o, incluso, de terceras personas (por ejemplo, vecinos....).

3. Cuando se persigue a un sospechoso que se introdujo a una vivienda ajena

¹²⁷ El caso está basado en la STSE 20 enero 1997.

¹²⁸ En la doctrina ROSAL BLASCO, B., "El concepto de delito flagrante en la Ley de Seguridad Ciudadana", La Ley, 1993-1, pág. 875, afirma que "es evidente, aunque la Constitución no lo mencione, que la protección del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio (como la protección de cualquier otro derecho fundamental) está sometida, en caso de colisión o conflicto de intereses, al régimen general, de tal manera que ésta habrá de ceder siempre en beneficio de la protección de un interés superior. Así, p. e., el derecho se podrá violar para salvaguardar la vida, sin necesidad de que el riesgo para la misma haya de provenir de la comisión de un hecho delictivo siempre y cuando el interés que se pretende salvaguardar sea un interés superior al propio de la inviolabilidad del domicilio".

Estamos ante una modalidad de cuasi flagrancia¹²⁹. En la legislación española, también, se autoriza en este caso la entrada en el domicilio sin necesidad de autorización judicial. El art. 553 LECrim señala que “los Agentes de policía podrán, asimismo, proceder de propia autoridad a la inmediata detención de las personas..., cuando sean sorprendidas en flagrante delito, cuando un delincuente, inmediatamente perseguido por los Agentes de la autoridad, se oculte o refugie en alguna casa..., así como al registro que, con ocasión de aquélla, se efectúe en dichos lugares y a la ocupación de los efectos e instrumentos que en ellos se hallasen y que pudieran guardar relación con el delito perseguido”. El precepto exige una continuidad entre la comisión del delito y el inicio de la persecución y que el delincuente no salga fuera del alcance de los agentes policiales desde el inicio de la persecución hasta su detención en el interior del domicilio¹³⁰. La STS de 19 diciembre 2000 analizó un supuesto de entrada en domicilio donde se había refugiado el delincuente, razonando que si se sorprende a una persona in fraganti se está habilitado para la detención y si esta provoca una persecución en caliente e ininterrumpida, permite entrar en el domicilio donde se ha refugiado.

La urgencia de la intervención ya no viene determinada, como en el primer supuesto, para evitar la lesión o la puesta en peligro de un bien jurídico, sino para evitar la fuga del presunto culpable¹³¹.

El texto procesal penal hubiera debido distinguir entre la entrada en el domicilio y el registro, como dos actuaciones distintas. Las excepciones contempladas en el precepto legal deberían limitarse a la entrada en el domicilio, pues nada impediría, en estos casos, la obtención, ex post, de la correspondiente autorización judicial para proceder al registro de las dependencias, salvo que concurrieran especiales razones de urgencia que justificaran la práctica inmediata del registro, ante el peligro de desaparición, destrucción u ocultación de fuentes de prueba¹³².

Esta distinción fue aplicada en la STSE de 23 febrero 2001 en donde la inicial entrada policial en la vivienda, sin autorización judicial, vino determinada por la existencia de un tiroteo en el interior de la vivienda, ratificada por la percepción visual de un hombre herido de bala en la puerta de la casa, lo que exigía una inmediata intervención policial. Como razona la sentencia “la entrada de la policía en la vivienda se encuentra plenamente justificada, y su registro inicial para localizar a los heridos, detener a sus agresores, ocupar las armas existentes y hacerse cargo de otros efectos delictivos (como sucede con los fardos de hachís que se encontraban a la vista en una habitación de la vivienda) no integra infracción constitucional alguna”. No obstante, añade, “una vez realizadas estas actuaciones inmediatas o urgentes, si las fuerzas policiales estiman necesario un registro más minucioso, y ano compelido por razones de urgencia, lo procedente es solicitar el oportuno mandamiento judicial”. Al no haberse actuado de esta forma el TSE estimó que el segundo registro de la vivienda en el que se ocuparon documentos de identidad y billetes falsos era nulo.

129 GONZALÉZ-CUÉLLAR SERRANO, N., “Entrada y registro en el domicilio”, en AA.VV., La restricción de los derechos fundamentales de la persona en el proceso penal, Cuadernos de Derecho Judicial, nº XXIX, 1993, CGPJ, Madrid, 1993, p. 124.

130 CABEZUDO BAJO, M^a J., La protección..., cit., pp. 191-192.

131 RODRÍGUEZ SOL, L., Registro domiciliario..., cit., p. 116.

132 LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., “La entrada y registro en domicilio”, en AA.VV., Política Criminal y reforma penal. Libro homenaje a la memoria del Profesor Doctor Juan del Rosal, Edit Edersa, Madrid, 1993, pág. 790, al analizar el art. 18.2 CE que excluye del requisito de la autorización judicial los casos de flagrante delito, dice que el ámbito de la autorización constitucional es sólo para entrar, pero no para registrar. La entrada se justifica por la necesidad de rapidez en la actuación (para evitar la consumación del delito, o la fuga del autor del delito recién cometido), pero no encuentra razón alguna que justifique el registro inmediato.

IV.7.3 Concepto de recinto privado

Como hemos adelantado, el art. 180 CPP exige autorización judicial para el registro de un recinto privado, destinado a la habitación o a otros fines particulares.

Dentro del concepto “habitación” hay que incluir cualquier lugar donde viva o habite una persona, con carácter fijo, transitorio u ocasional, sin tener en cuenta la humildad o modestia del habitáculo, y la legitimidad o ilegitimidad de la ocupación.

CASO: Sobre el concepto legal de “recinto privado”.

Objetivo formativo concreto: Identificar los lugares que tienen la consideración de recinto privado

Descripción del supuesto fáctico planteado: Por investigaciones policiales se tuvo conocimiento que A. M. M. se dedicaba al tráfico de cocaína. Se pudo comprobar tras efectuar un seguimiento que se hospedaba, desde hacía dos días, en el hotel Venecia. Aprovechando que se había ausentado de la habitación por unos momentos, la policía se entrevistó con la dirección del hotel quien les confirmó que el acusado había contratado la habitación por tres días y que al día siguiente abandonaría el recinto hotelero, por lo que se solicitó de la dirección del hotel que les facilitara la llave para acceder a la habitación. Una vez en su interior y tras un registro del lugar se ocuparon varias bolsitas conteniendo cocaína, que se encontraban ocultas en uno de los armarios.

¿Debía haberse solicitado autorización judicial para acceder a la habitación del hotel?

Se puede plantear el caso utilizando otros ejemplos: una tienda de campaña, una roulotte, un despacho profesional...

La jurisprudencia del TSE ha incluido dentro del concepto de domicilio, a los efectos de aplicación de la garantía constitucional de inviolabilidad:

- a. La morada del sujeto, que se extiende a todas aquellas dependencias que tienen comunicación interior con ella (por ejemplo, un corral)¹³³. Es indiferente que se trate de la vivienda principal o de segundas residencias como, por ejemplo, residencias de fin de semana o de verano¹³⁴.

133 STSE 4 febrero 1994. La STSE 4 noviembre 2002 estimó que el jardín circundante a un chalet debe ser considerado como parte del domicilio de su titular legítimo, en donde ejerce su intimidad, aunque la puerta de acceso al mismo esté abierta.

134 Una vivienda tendrá protección constitucional aunque en el momento del registro no esté habitada (STCE 94/1999, de 31 mayo, f. 5°). La STEDH caso GILLOW, de 24 noviembre 1986, analizó un supuesto de segunda residencia, y estimó que la casa que poseía el demandante en la isla de Guernesey tenía carácter de domicilio, no obstante una larga y justificada estancia en el extranjero, por haber conservado bastantes lazos para considerar esa morada como su domicilio en el sentido del art. 8 CEDH cuando ocurrieron los hechos. Por su parte, la STCE 10/2002, de 17 enero, f. 6°, afirma que “hemos advertido sobre la irrelevancia a efectos constitucionales de la intensidad, periodicidad o habitualidad del uso privado del espacio si, a partir de

- b.** Lugares destinados a habitación o vivienda, aunque este no fuera su destino natural u originario (por ejemplo, una cueva habilitada como morada¹³⁵).
- c.** Las habitaciones de un hotel o pensión en cuanto al cliente o huésped que la ocupa¹³⁶.
- d.** Una tienda de campaña¹³⁷.
- e.** Una roulotte o caravana que es utilizada como albergue, durante un viaje o con carácter permanente, con independencia de que esté o no en movimiento¹³⁸ o, incluso, un barco utilizado como domicilio¹³⁹.

Debe tratarse, siempre, de un lugar cerrado, en el sentido de acotado frente a la realidad exterior¹⁴⁰. La mencionada STCE 10/2002, de 17 enero, señala que "si bien no todo espacio cerrado constituye domicilio, ni deja de serlo una vivienda por estar circunstancialmente abierta, sin embargo, es consustancial a la noción de vida privada y, por tanto, al tipo de uso que define el domicilio, el carácter acotado respecto del exterior del espacio en el que se desarrolla. El propio carácter instrumental de la protección constitucional del domicilio respecto de la protección de la intimidad personal y familiar exige que, con independencia de la configuración física del espacio, sus signos externos revelen la clara voluntad de su titular de excluir dicho espacio y la actividad en él desarrollada del conocimiento e intromisiones de terceros".

El empleo, en el art. 180 CPP, del término legal recinto denota que debe tratarse de un espacio físicamente delimitado.

Dentro del concepto de recinto privado destinado a otros fines particulares debe estimarse incluidos los despachos profesionales, donde la actividad del titular se desarrolla sin admitir libremente el acceso a terceros, pues son espacios que quedan amparados por la privacidad¹⁴¹. La STEDH caso NIEMIETZ contra República Federal de Alemania, de 16 diciembre 1992, apartado 29, opta por una interpretación amplia de las nociones "vida privada" y "domicilio". En cuanto a la primera, tras afirmar que sería demasiado restrictivo limitarla al "círculo íntimo", ha declarado

otros datos como su situación, destino natural, configuración física, u objetos en él hallados, puede inferirse el efectivo desarrollo de vida privada en el mismo".

- 135 SSTSE 19 octubre 1994, 15 diciembre 1994. La STSE 23 septiembre 1997 considera domicilio una casa semiderruida por ser el lugar donde sus moradores, acampados allí desde hacía dos meses, estaban desarrollando las actividades propias del hogar familiar en la convivencia ordinaria.
- 136 SSTSE 3 julio 1992, 17 marzo 1993; 23 mayo 1994; 4 abril 1995, 7 julio 1995, en este caso la droga fue localizada en la habitación del hotel durante las tareas de limpieza una vez el acusado había sido expulsado del recinto hotelero, por lo que la ocupación legítima del alojamiento había finalizado. Vid. la importante STCE 10/2002, de 17 enero, que declaró la inconstitucionalidad del art. 557 LECrim. En la doctrina, ALONSO DE ANTONIO, A., El derecho a la inviolabilidad domiciliaria en la Constitución española de 1978, Edit. Colex, Madrid, 1993, pág. 88, nos dice que es indiferente que la habitación se ocupe permanentemente (sine die) u ocasionalmente (por tiempo fijo), si se está residiendo en ella; en ambos casos goza de la protección debida al domicilio.
- 137 STSE 9 julio 1993, 30 abril 1996, 23 septiembre 1997, 19 mayo 1999.
- 138 STSE 21 abril 1994, 19 septiembre 1994, 18 octubre 1996, 28 noviembre 1997, 16 julio 1999, 13 octubre 1999, 29 enero 2001.
- 139 STSE 13 marzo 1999, que analizó un supuesto de registro practicado en un velero que servía de domicilio.
- 140 RODRÍGUEZ SOL, L., Registro domiciliario..., cit., p. 43.
- 141 La STSE de 11 octubre 1993 afirma que "el despacho de un ciudadano pertenece a su esfera de privacidad protegida por la Constitución aunque no esté situado en el lugar donde el ciudadano tiene su domicilio particular en sentido estricto". SSTSE 14 abril 1994, 19 enero 1995, 6 julio 1995 (en el caso analizado se trataba no de un despacho profesional sino de un local abierto al público).

que “parece, por el contrario, que no hay razón alguna de principio para considerar esta manera de entender la noción de vida privada como excluyente de las actividades profesionales o comerciales: después de todo, es en su trabajo donde la mayoría de las personas tienen muchas, si no las mayores, ocasiones para desarrollar sus relaciones con el mundo exterior”¹⁴². Su conexión con el derecho a la intimidad hace que, según la doctrina jurisprudencial del TSE, queden excluidos del concepto constitucional de domicilio aquellos lugares que se utilizan simplemente para depositar o guardar objetos, como son las cocheras, garajes o almacenes, en los que no tiene lugar las actividades domésticas (comer, dormir, descansar, etc.) que constituyen el contenido propio de aquello que la persona realiza alejado de los extraños que pudieran cohibir su comportamiento¹⁴³.

Quedarían excluidos, también:

- a. Los locales comerciales¹⁴⁴, salvo aquellas zonas contiguas que puedan ser utilizadas como vivienda o morada por los titulares del negocio¹⁴⁵.
- b. Las casas o viviendas deshabitadas¹⁴⁶.
- c. Los vehículos o automóviles¹⁴⁷. El registro de vehículos está sometido al mismo régimen legal que el registro de personas (vid. art. 176 CPP).

¹⁴² Dicha sentencia analizó un supuesto de registro efectuado en el despacho profesional de un abogado, con la finalidad de descubrir al autor de una carta difamatoria dirigida a un juez. El TEDH estimó, en el apartado 37, que se había infringido el principio de proporcionalidad en la ejecución del registro, teniendo en cuenta que la injerencia presentaba una intensidad especial al afectar a un abogado, pues el registro se ordenó en términos excesivamente amplios sin ninguna limitación para obtener documentos, afectando de esta forma al secreto profesional. Vid., también STEDH caso P. G. Y. J. H., contra el Reino Unido, de 25 septiembre 2001. La STEDH caso ROEMEN y SCHMIT contra Luxemburgo, de 25 febrero 2003, apartados 64 y ss., contempla otro supuesto de registro del despacho profesional de un abogado, que admite queda incluido dentro del ámbito de aplicación del art. 8 CEDH, estimando que la injerencia fue desproporcionada pues la orden de registro había sido redactada en términos excesivamente amplios y su finalidad era revelar la fuente del periodista, a través de su abogado, afectando los derechos garantizados en el art., 10 CEDH.

¹⁴³ STSE 27 abril 1995. Quedan fuera del ámbito de protección de la inviolabilidad del domicilio: los almacenes (SSTSE 10 junio 1993, 19 julio 1994, 3 octubre 1995, 27 julio 2001; y STCE 228/1997, de 16 diciembre, f.j. 7°), naves industriales (STSE 1 diciembre 1995), las cocheras (STSE 27 abril 1995), garajes (22 noviembre 1994, 30 junio 1995, 19 febrero 1998), talleres (STSE 1 octubre 1994, 29 abril 1995), cuartos trasteros de una casa (SSTSE 21 diciembre 1992, 14 noviembre 1993, 8 julio 1994), o de una plaza de parking (STSE 27 junio 1997), trastiendas (STSE 24 octubre 1992), sótano utilizado para guardar efectos en la parte inferior de un bar (STSE 18 junio 1999). A diferencia de la doctrina del TSE, la STCE 171/1999, de 27 septiembre, estima, en su f.j. 9°, que el garaje y trastero en el que se encontró la cocaína forman parte del domicilio, pues ha de entenderse que se trata de un lugar dependiente de la voluntad de su titular a los efectos de la privacidad y de la exclusión de terceros.

¹⁴⁴ SSTSE 9 julio 1993, 17 septiembre 1993, 7 abril 1995 (librería).

¹⁴⁵ STSE 26 diciembre 2000.

¹⁴⁶ SSTSE 26 junio 1993, 23 julio 1993, 15 octubre 1994. La STSE 31 enero 1995 analizó un supuesto en donde las acusadas utilizaban una casa abandonada exclusivamente para traficar con droga, lo que la excluía de la garantía constitucional de inviolabilidad domiciliaria. STSE 19 enero 1995 (chalet abandonado). STSE 13 octubre 1999 (se trataba de un bungalow que los acusados utilizaban exclusivamente para depositar los efectos sustraídos y al que tenían que acceder por una ventana al conocer que estaba deshabitado).

¹⁴⁷ Calificado por la jurisprudencia del TSE como simple objeto de investigación ajeno a las garantías derivadas de la inviolabilidad domiciliaria: SSTSE 24 enero 1995, 21 abril 1995, 1 abril 1996, 16 septiembre 1996, 17 enero 1997, 14 octubre 1999, 5 mayo 2000, 27 noviembre 2000, 19 marzo 2001, 16 mayo 2001, 14 noviembre 2001, 27 febrero 2002.

IV.7.4 Principio de justicia rogada

En este nuevo reparto de funciones diseñado por el CPP¹⁴⁸ se establece que, como regla general, la solicitud de la orden de allanamiento corresponde realizarla al ministerio público (art. 180 CPP). El ministerio público actuará como primer filtro, pues le corresponderá, por tanto, comprobar la concurrencia de los presupuestos constitucionales y legales que legitiman el allanamiento.

Con carácter excepcional, para los casos de urgencia y en ausencia del ministerio público, se concede a la policía la facultad de dirigirse directamente al juez solicitando la orden de allanamiento (art. 180 CPP). Son supuestos en que cualquier retraso en la realización del allanamiento pueda provocar la desaparición o destrucción de las fuentes de prueba, frustrándose los fines de la diligencia que se pretende practicar. No parece suficiente con la concurrencia de tales razones de urgencia, es necesario, además, que no pueda contarse con la presencia del ministerio público. El Juez de la instrucción¹⁴⁹ no podrá, por tanto, acordar de oficio la práctica del registro como diligencia de investigación penal. La iniciativa investigadora corresponde, con exclusividad, al ministerio público y, en su caso a la policía, que depende funcionalmente del primero¹⁵⁰.

La solicitud presentada por el ministerio público o por la policía deberá indicar con precisión cuáles son los indicios concurrentes que justifican la adopción de la medida y que permiten determinar su necesidad. La STEDH caso GILLOW contra Reino Unido, de 24 noviembre 1986, declara, en su apartado 55, que el art. 8.2 del CEDH requiere que la medida de que se trate no sea meramente deseable o conveniente, sino que responda a una verdadera exigencia social.

Será el juez de la instrucción quien valorará el contenido de la solicitud del ministerio público o de la policía a efectos de constatar la proporcionalidad de la medida¹⁵¹. Debe evitarse cualquier riesgo de automatismo judicial en este ámbito.

IV.7.5 La motivación de la resolución judicial. El contenido de la orden judicial de allanamiento

Como hemos visto la resolución judicial autorizando el allanamiento debe ser motivada. El art. 182 CPP nos indica cuál debe ser el contenido concreto de dicha orden de allanamiento. La misma deberá contener los extremos siguientes:

1. Indicación del juez o tribunal que ordena el registro.
2. La indicación de la morada o lugares que deben ser registrados¹⁵².

¹⁴⁸ Vid. art. 22 CPP.

¹⁴⁹ El Juez de la instrucción es el competente para autorizar la entrada y registro solicitada (art. 73 CPP).

¹⁵⁰ Art. 22, párrafo segundo, CPP.

¹⁵¹ La motivación de la resolución judicial debe revelar que hubo control judicial de la actuación policial relativa al registro: STSE 17 mayo 1994, 5 julio 1994. Por su parte, la STSE 27 enero 1995 afirma que "la decisión de autorizar la invasión de un derecho fundamental, como sucede en el registro y en la interceptación de las comunicaciones, debe estar debidamente justificada y responder a una previa valoración de todos los elementos indiciarios acopiados por los encargados de la investigación policial...".

¹⁵² Es necesario, por tanto, que de alguna forma se individualice la vivienda o lugar donde se llevará a cabo el registro. Ahora bien, no se exige la identificación del titular del domicilio. El TSE estima que no es necesario la identificación del titular mediante su nombre y apellidos pues tales extremos pueden no ser todavía conocidos: SSTSE 20 septiembre 1993, 10 mayo 1995, 20 mayo

3. La autoridad designada para el registro.
4. El motivo preciso para el registro, con indicación exacta de los objetos o personas que se espera encontrar y las diligencias a practicar.
5. Fecha y lugar de expedición, y la firma del juez

Además de todas estas previsiones, la resolución judicial deberá explicitar el juicio de proporcionalidad realizado por el juez, ponderando la idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto de la medida de registro. No hay que olvidar que mediante esta medida se afecta a un derecho fundamental como es el de inviolabilidad domiciliaria. Ello exige de una motivación especial o de mayor intensidad¹⁵³. El juez deberá indicar en la resolución cuáles son los indicios (datos fácticos) que justifican la necesidad de la medida adoptada¹⁵⁴. Es necesario, por tanto, que exista una determinada conexión entre el delito investigado y el sujeto o sujetos afectados por la medida¹⁵⁵. La STCE 167/2002, de 18 septiembre, declara, en su f.º 2º, que “el juicio sobre la legitimidad constitucional de la medida exige verificar si la decisión judicial apreció razonadamente la conexión entre el sujeto o sujetos que iban a verse afectados por la medida y el delito investigado (existencia del presupuesto habilitante), para analizar después si el juez tuvo en cuenta tanto la gravedad de la intromisión como su idoneidad o imprescindibilidad para asegurar la defensa del interés público, pues la conexión entre la causa justificativa de la limitación pretendida –la averiguación del delito– y el sujeto afectado por ésta –aquel de quien se presume que pueda resultar autor o partícipe del delito investigado o pueda haberse relacionado con él– es un *prius* lógico del juicio de proporcionalidad”. La necesidad de concurrencia de tales indicios o buenas razones o fuertes presunciones de que las infracciones están a punto de cometerse, en terminología del TEDH (caso KLASS contra República Federal de Alemania, de 6 septiembre 1978, y caso LUDI contra Suiza, de 15 junio 1992), prohíbe que la entrada y registro domiciliario pueda justificarse en meras investigaciones prospectivas ni para satisfacer la necesidad genérica de prevenir o descubrir delitos o para despejar las sospechas sin base objetiva que surjan en la mente de los encargados de la investigación penal¹⁵⁶. Por aplicación del art. 175 CPP se exige la presencia de motivos que razonablemente permitan suponer la existencia de elementos útiles para la investigación o el ocultamiento del imputado.

1996. En la misma línea el TCE señala que el órgano judicial deberá precisar, de ser posible, las circunstancias personales (titular u ocupantes del domicilio en cuestión): SSTCE 181/1995, de 11 diciembre; 136/2000, de 29 mayo.

153 Vid. entre otras muchas, STCE 239/1999, de 20 diciembre, f.º 5º.

154 La STCE 126/1995, de 25 julio, estimó el amparo pues la resolución judicial no mencionaba ni el por qué ni el para qué de la solicitud del mandamiento judicial, ni hacía ninguna alusión concreta a la índole de la investigación penal para cuyo adecuado desarrollo se revelaba imprescindible tan drástica medida de intromisión familiar. También, STCE 171/1999, de 27 septiembre. Vid. SSTSE 28 diciembre 1993, 28 junio 1994, 6 noviembre 2001, 21 diciembre 2001.

155 Vid., entre otras, SSTCE 8/2000, de 17 enero; 136/2000, de 29 mayo.

156 STSE 22 marzo 2004. PRIETO RODRÍGUEZ, J. I., “Entrada y registro domiciliarios en el proceso penal”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Universidad Nacional de Educación a Distancia, nº 6, Madrid, 1996, pág. 905, afirma que son insuficientes las sospechas o las conclusiones policiales anticipadas, no apoyadas en datos ciertos y objetivos.

CASO: Sobre examen del contenido de diferentes solicitudes de registro domiciliario

Objetivo formativo concreto: deslindar con precisión lo que constituyen verdaderos indicios de lo que son simples sospechas o apreciaciones subjetivas carentes de virtualidad para fundamentar una resolución judicial de entrada y registro domiciliario.

Descripción de los supuestos fácticos planteados:

PRIMERO: supuesto de informaciones confidenciales. La solicitud de autorización de entrada y registro tiene el siguiente contenido: “por noticias confidenciales recibidas en llamada telefónica anónima, en el día de la fecha, una voz femenina, ha comunicado, que en la Avda.... de esta capital, una mujer llamada Carmen vendía droga. Realizadas las pertinentes gestiones, dicha persona ha sido identificada como C. G. R., nacida en....., el día....., con domicilio en....., de esta capital. Por todo ello se solicita la oportuna orden de allanamiento, para proceder a la entrada y registro del domicilio, a fin de comprobar el extremo referido en la mencionada llamada”¹⁵⁷.

SEGUNDO: contenido de la solicitud de mandamiento de entrada y registro dirigida a la autoridad judicial: “con motivo de las investigaciones que se están llevando a cabo por esta Unidad, por los presuntos delitos de tráfico de drogas, y teniéndose el convencimiento por parte de los investigadores de que el imputado forma parte de una organización que se dedica a la entrada y distribución por el territorio nacional de las mencionadas sustancias estupefacientes, hecho que se demuestra de las pesquisas practicadas y del resultado de las gestiones realizadas. Se tienen fundadas sospechas de que en el domicilio del imputado sito en..... pudieran ocultarse drogas y sustancias estupefacientes, así como útiles para su elaboración y transformación, por lo que se solicita el oportuno mandamiento de entrada y registro”¹⁵⁸.

Analizar en ambos casos el contenido de las solicitudes policiales y determinar su consistencia para fundamentar una autorización judicial de entrada y registro domiciliario.

Como toda medida injerente en derechos fundamentales, la licitud de esta diligencia está condicionada al cumplimiento de las exigencias derivadas del principio de proporcionalidad. La autorización de la medida está sometida al criterio de indispensabilidad, de tal forma que sólo será admisible si no existen otras medidas eficaces menos gravosas para el descubrimiento del hecho

¹⁵⁷ El caso está basado en la STCE 8/2000, de 17 enero. La STSE de 28 enero 2002, aplicando la doctrina constitucional afirma que “las noticias confidenciales aunque se consideren fidedignas no pueden ser fundamento, por sí solas, de una medida cautelar o investigadora que implique el sacrificio de derechos fundamentales”.

¹⁵⁸ El caso está basado en la STSE de 21 diciembre 2001, que estimó que la solicitud policial no reseñaba ningún indicio o sospecha fundada de la existencia del delito de tráfico de drogas y de la conexión del investigado con tal delito. Se trataba de meras hipótesis subjetivas.

delictivo¹⁵⁹. Con carácter previo el juez debe efectuar una ponderación de los intereses, público y privado, en juego como garantía del derecho a la inviolabilidad domiciliaria¹⁶⁰. Ponderación de intereses que deberá plasmar en la resolución judicial habilitante de la entrada y registro. La STCE 50/1995, de 23 febrero, afirma, en su fj, 5º, que la autorización judicial “vista desde la perspectiva de quien ha de usarla, o ese mandamiento para quien ha de sufrir la intromisión, consiste en un acto de comprobación donde se ponderan las circunstancias concurrentes y los intereses en conflicto, público y privado, para decidir en definitiva si merece el sacrificio de éste, con la limitación consiguiente del derecho fundamental”¹⁶¹. La STCE 8/2000, de 17 enero, proclama, en su fj, 4º, que “la autorización judicial tiene que expresar los extremos necesarios para comprobar que la injerencia domiciliaria está justificada, como son, junto con el hecho de que se funda en un fin constitucionalmente legítimo y que esté delimitado de forma espacial, temporal y subjetiva, que, asimismo, sea necesaria y adecuada y concurra una conexión entre la causa justificativa de la medida –la investigación del delito- con las personas que pueden verse afectadas por la restricción”.

La proporcionalidad exige que se identifique el delito o delitos para cuya investigación se estima necesaria la medida de registro¹⁶². Sólo cuando se trate de delitos graves, bien en atención a la pena que llevan aparejada, bien en función de su trascendencia o repercusión social, podrá estimarse proporcionado el sacrificio del derecho a la inviolabilidad domiciliaria¹⁶³. En otras palabras, la gravedad puede venir determinada no sólo por la pena que lleva aparejada el delito, sino por la naturaleza del bien jurídico objeto de protección, o por su realización mediante una organización criminal.

159 STCE 239/1999, de 20 diciembre, fj, 5º, resumiendo la doctrina constitucional sobre el contenido de la motivación judicial afirma que se deberán indicar “las razones por las que se acuerda semejante medida y el juicio sobre la gravedad de los hechos supuestamente investigados, e igualmente, teniendo en cuenta si se está ante una diligencia de investigación encuadrada en una instrucción judicial iniciada con antelación, o ante una mera actividad policial origen, justamente, de la instrucción penal; y sin que sea necesario cimentar la resolución judicial en un indicio racional de comisión de un delito, bastando una mera “notitia criminis” alentada por la sospecha fundada en circunstancias objetivas de se pudo haber cometido, o se está cometiendo o se cometerá el delito o delitos en cuestión.... (la idoneidad de la medida respecto del fin perseguido); la sospecha fundada de que pudieran encontrarse pruebas o pudieran éstas ser destruidas, así como la inexistencia o la dificultad de obtener dichas pruebas acudiendo a otros medios alternativos menos onerosos (su necesidad para alcanzar el fin perseguido); y, por último, que haya un riesgo cierto y real de que se dañen bienes jurídicos de rango constitucional de no proceder a dicha entrada y registro, que es en lo que en último término se fundamenta y resume la invocación del interés constitucional en la persecución de los delitos...., pues los únicos límites que pueden imponerse al derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio son los que puedan derivar de su coexistencia con los restantes derechos fundamentales y bienes constitucionalmente protegidos a falta de otra indicación en el precepto constitucional sobre sus límites (juicio de proporcionalidad en sentido estricto)”.

160 STCE 160/1991, de 18 julio; 171/1999, de 27 septiembre.

161 También, STCE 139/1999, de 22 julio, fj, 2º.

162 La STSE 21 junio 1999 declaró la nulidad del registro por vulneración del derecho a la inviolabilidad domiciliaria pues la resolución judicial dictada no indicó el delito que era objeto de investigación, declarando que “hubo en tal resolución una omisión, entre otras, que hemos de considerar esencial: no se decía la infracción criminal cuya averiguación era la causa justificadora del registro domiciliario ordenado. Y ello era imprescindible para conocer si la medida de investigación acordada por el Juez era proporcionada a la gravedad del delito perseguido, pues sólo cabe limitar un derecho fundamental, como lo es el relativo a la inviolabilidad del domicilio, cuando en un juicio de ponderación, ello aparece como necesario para el descubrimiento o la obtención de pruebas en relación con un delito grave”.

163 La STCE 132/2002, de 20 mayo declara que “la gravedad de la infracción punible no deriva únicamente de la gravedad de la pena con la que se sanciona, sino que, aunque la pena no sea calificada de grave por le Código Penal, la infracción puede serlo en atención a la consideración de criterios como la importancia del bien jurídico protegido o la relevancia social de los hechos”. STCE 82/2002, de 22 abril, apreció la gravedad de un delito de contrabando para permitir una entrada y registro domiciliario en virtud de la relevancia social de la actividad, junto a la circunstancia de que se había realizado a través de una organización. STCE 56/2003, de 24 marzo, nos dice que la motivación de la decisión judicial que autoriza la entrada y registro en un domicilio comprende “la indicación de las razones por las que se acuerda semejante medida y el juicio sobre la gravedad de los hechos supuestamente investigados”.

La ausencia total de motivación conlleva la vulneración del derecho a la inviolabilidad domiciliaria, por lo que los resultados obtenidos con el registro deberán ser calificados de pruebas ilícitas.

IV.7.6 El problema de los hallazgos casuales

Como hemos visto, el Juez debe identificar el delito o delitos que se pretenden investigar con la medida, y los objetos que se pretenden localizar¹⁶⁴. Ello lleva a plantearnos la validez del registro cuando se descubren efectos, indicios o pruebas relativas a una infracción penal distinta de la que había motivado inicialmente la medida (por ejemplo, cuando el registro se autorizó para aprehender drogas y se localizan armas). Es lo que se conoce como hallazgos casuales.

CASO sobre “hallazgos casuales”

Objetivo formativo concreto: Precisar el concepto de hallazgos casuales y fijar su tratamiento jurídico.

Descripción del supuesto fáctico planteado: A raíz de las investigaciones practicadas hasta ese momento se tuvo conocimiento de que en el domicilio de la calle....., de esta capital, podían estar desarrollándose actividades de tráfico ilegal de drogas, por lo que solicitó la oportuna autorización judicial de registro. En la resolución judicial se indicó que el registro tenía como finalidad la aprehensión de sustancias tóxicas o estupefacientes (cocaína y heroína). Durante el desarrollo del registro se descubrieron varias armas de fuego (pistolas y fusiles), así como diferentes pasaportes y documentos de identidad que resultaron estar falsificados.

¿Pueden estos objetos distintos de los que inicialmente se buscaban ser utilizados como prueba o su descubrimiento debe considerarse ilícito por no estar amparado por la autorización judicial?

Las posiciones doctrinales sobre la validez o no de tales hallazgos son muy variadas. Para unos todo hallazgo de efectos de delitos distintos a los que autorizan la entrada y registro debe ser considerado como ilícito y, por tanto, inutilizable¹⁶⁵. Otros autores estiman que si del registro practicado aparecen indicios suficientes de la existencia de otros delitos, nada impide que se adopten las medidas de vigilancia necesarias para evitar su desaparición, y a continuación se incoe otra causa penal en la que podrá acordarse un registro distinto limitado al nuevo objeto de investigación¹⁶⁶.

El TSE ha ido diseñando diferentes soluciones al problema de los hallazgos casuales¹⁶⁷:

164 DÍAZ CABIALE, J. A., La admisión y práctica de la prueba en el proceso penal, Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial, nº 20, Madrid, 1992, p. 162, considera ilícitas las resoluciones judiciales que autorizan registros sin concretar lo que se va a buscar.

165 DÍAZ CABIALE, J. A., La admisión..., cit., pág. 162. PRIETO RODRÍGUEZ, J. I., “Entrada y registro...”, cit., p. 939.

166 VILAR BADÍA, R., “Diligencias de entrada y registro en lugar cerrado. Intervención de correspondencia y de comunicaciones. Forma de llevarlas a cabo y documentación. Valor probatorio de tales diligencias”, en Recopilación de Ponencias y Comunicaciones. Planes Provinciales y Territoriales de Formación, año 1992 (volumen II), C.G.P.J., Madrid, 1993, p. 1018.

167 Una exposición de la doctrina jurisprudencial del TSE puede consultarse en DE URBANO CASTRILLO, E., y TORRES MORATO,

- a.** Una primera línea jurisprudencial, basada en el principio de especialidad, abogaba por la necesidad de la interrupción del registro y la solicitud al juez de una ampliación de la autorización concedida inicialmente. El juez a la vista de esta solicitud debía decidir sobre la procedencia o no de la ampliación del objeto de la autorización inicial, de acuerdo con el principio de proporcionalidad, salvo que la urgencia de las medidas a tomar, con carácter cautelar, aconsejara otra cosa. De no actuar así los hallazgos obtenidos no podían ser utilizados por vulneración del derecho fundamental a la inviolabilidad domiciliaria¹⁶⁸.
- b.** Otra línea jurisprudencial, contraria a la anterior y que es mayoritaria en la actualidad¹⁶⁹, se pronuncia a favor de la validez de tales hallazgos casuales, negando que se hubiera producido una infracción del derecho a la inviolabilidad domiciliaria por el hecho de no solicitar del juez una ampliación de la autorización inicial¹⁷⁰. En algunas sentencias se argumenta declarando que estamos ante un supuesto de delito flagrante o incluso de conexidad delictiva¹⁷¹. La STSE 3 julio 2003 declara que “el hecho de hallar, en un registro domiciliario, válida y fundadamente autorizado en su origen, efectos u objetos distintos de los correspondientes al ilícito inicialmente investigado, no convierte en ilegal la práctica de la diligencia así realizada, de modo que si aquella inicial autorización reunió todos los requisitos exigibles para ser tenida como correcta, los hallazgos producidos como resultado de la misma, han de ostentar pleno valor probatorio”.
- c.** Por último, algunas sentencias han optado por una vía intermedia, distinguiendo los supuestos de novación total del tipo penal investigado, de los supuestos de simple adición o suma al inicial objeto de investigación¹⁷². Sólo en el primer caso sería necesaria una nueva autorización judicial.

M. A., La prueba ilícita penal. Estudio jurisprudencial, Edit. Aranzadi, Pamplona, 2000, págs. 177-179. RIVES SEVA, A. P., La diligencia de entrada y registro domiciliario, Bosch Editor, Barcelona, 2004, pp. 116 y ss.

- 168 SSTSE 28 octubre 1992, 21 enero 1994, 4 mayo 1994. La STSE 2 julio 1993 analizó un supuesto en que la entrada y registro se había concedido para verificar las sospechas en relación con robos en interior de vehículos, y durante el registro se localizaron drogas y otros elementos de convicción relacionados con un delito de tráfico de drogas. La referida sentencia declaró que ello supone “el importante o insubsanable defecto de haberse extendido (el registro) no sólo al delito investigado –robo-, sino a otro delito –tráfico de drogas- sin una intervención judicial intercedente –previa suspensión de la diligencia con las medidas cautelares adecuadas- que resolviera la procedencia de extender el registro a los nuevos hechos, en el supuesto –valorable por el Juzgado- de que el principio de proporcionalidad cubriera la intromisión en el domicilio del acusado de acuerdo con lo prevenido en el art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos... La diligencia de entrada y registro... no sólo fue procesalmente anómala, sino que vulneró un derecho fundamental del sujeto, cual fue la entrada en su domicilio para practicar una investigación –tráfico de drogas- no cubierta por el mandamiento judicial; en consecuencia l aprueba obtenida, que no es simplemente irregular sino que violenta los derechos y libertades fundamentales –dice el art. 11 L.O.PJ.-, no surtirá efecto...”.
- 169 LUZÓN CUESTA, J. M., “Entrada y registro en domicilios y lugares cerrados”, en Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal, núm. VI, Ministerio de Justicia, Madrid, 1997, págs. 283-284. MONTAÑÉS PARDO, M. A., La presunción de inocencia. Análisis doctrina y jurisprudencial, Edit Aranzadi, Pamplona, 1999, pp. 327-328.
- 170 Esta solución ha sido acogida en el Derecho alemán, estableciéndose en el parágrafo 108 (1) StPO que “si con ocasión de un registro se encuentran objetos que no guardan relación con la investigación, pero aluden a la perpetración de otro delito, entonces, de momento, deben ser confiscados”.
- 171 SSTSE 18 octubre 1993, 18 febrero 1994, 29 junio 1994, 4 octubre 1994, 28 abril 1995, 3 octubre 1996, 3 marzo 1997, 30 marzo 1998, 6 noviembre 1998, 22 marzo 1999, 18 junio 1999, 4 marzo 2003. La STSE 7 junio 1993 argumentaba que “consta acreditado que el registro domiciliario se realizó en virtud del mandamiento judicial expedido al efecto con lo que el acto no ha infringido aquel artículo según el cual ese requisito basta para el cumplimiento de su garantía. El que el registro se dirigiera a la busca de drogas... no se opone a que se intervinieran efectos distintos que puedan ser delictivos. Por lo que no se aprecia infracción constitucional alguna”.
- 172 La jurisprudencia destaca que es frecuente que cuando se trata de la investigación de un delito de tráfico de drogas aparezcan otros como receptación y tenencia ilícita de armas, dada su evidente conexión, no siendo necesario en estos casos solicitar una ampliación de la autorización judicial: STSE 28 octubre 2003. Vid., también, SSTSE 20 mayo 1994, 6 noviembre 1998, 22 noviembre 2001.

EITCE se ha decantado por la aplicación de la doctrina extensiva, esto es, por la validez del registro y la utilización probatoria de los efectos hallados en el mismo aunque estuvieran relacionados con un hecho delictivo distinto del que motivó la autorización judicial. La STCE 41/1998, de 24 febrero (caso Juan Guerra) declaró, en su fj. 33, que “el que se estén investigando unos hechos delictivos no impide la persecución de cualesquiera otros hechos delictivos distintos, que sean descubiertos por casualidad al investigar aquellos...”; por tanto “resulta indiferente que el mandamiento judicial hubiera sido otorgado para investigar un delito fiscal, distinto al delito de prevaricación por el que posteriormente fue acusado y condenado el actor utilizando como prueba de cargo algunos de los papeles intervenidos en el registro”.

IV.7.7 Tiempo para su realización

Dos son las cuestiones que aparecen reguladas en el nuevo texto procesal penal. Por un lado, se fija un plazo de vigencia del mandamiento judicial, señalándose que el mismo tendrá validez para su ejecución dentro de quince días. Transcurrido dicho plazo quedará sin efecto, salvo cuando se expide para ser ejecutado en un tiempo determinado, en cuyo caso así se deberá hacer constar en la resolución judicial (art. 182, párrafo último, CPP). Mediante esta previsión se trata de evitar que la resolución judicial pueda ser utilizada para penetrar en el domicilio ajeno sine die o cuantas veces se les antoje a los agentes policiales. La limitación temporal viene impuesta por exigencias del principio de proporcionalidad.

La previsión legal no puede ser interpretada en el sentido de que habilita a la policía, durante el plazo de quince días, a entrar en el domicilio tantas veces como estimen procedente para los fines de la investigación penal. El registro debe practicarse, siempre, en unidad de acto.

Por otro lado, el registro de lugares cerrados o cercados, aunque sean de acceso público, sólo podrán practicarse entre las seis horas de la mañana y las seis horas de la tarde (art. 179 CPP). El legislador prohíbe, en principio, los registros por la noche. Sólo con carácter excepcional pueden llevarse a cabo en horas de la noche en los casos siguientes:

- a.** En lugares de acceso público, abiertos durante la noche.
- b.** Cuando el juez lo autorice de modo expreso mediante resolución motivada (art. 179 CPP).

En la legislación procesal penal española rige una norma similar, pues sólo se admite el registro de noche si la urgencia lo hiciera necesario (art. 550 LECrim). La razón de esta previsión no es otra que hacer lo menos gravosa posible la situación doméstica y la intimidad de los ocupantes de la vivienda registrada. Se trata, en definitiva, de no resentir aún más la intimidad del domicilio por el hecho de que su práctica tenga lugar cuando los moradores se encuentran descansando, o sea, se trata siempre de hacer menos onerosa la diligencia, que implica por sí una legítima restricción de un derecho fundamental¹⁷³.

Nada dice el nuevo CPP sobre si iniciado el registro con anterioridad, éste no hubiera concluido una vez cumplidas las seis horas de la tarde. Sólo cabrían dos posibilidades. La primera interrumpir

¹⁷³ SSTSE 17 abril 1993, 28 enero 1994. También, RODRÍGUEZ SOL, L., Registro domiciliario..., cit., p. 261.

el registro y proceder a su continuación al día siguiente, adoptando las medidas precautorias y de vigilancia necesarias para evitar la desaparición, ocultación o destrucción de las fuentes de prueba. La segunda, solicitar del juez que autorice, mediante resolución motivada, la continuación del registro cuando medien circunstancias especiales de urgencia que así lo exigieren.

IV.7.8 Procedimiento

IV.7.8.1 Notificación de la orden de allanamiento

La orden de allanamiento deberá notificarse a quien habite o se encuentre a cargo del lugar donde se efectúa el registro.

Si dicha persona no fuere hallada se notificará a cualquier persona mayor de edad que se halle en el lugar (art. 183 CPP). Obviamente si nadie se encontrare en el lugar no se llevará a cabo la notificación, supuesto tácitamente contemplado en el precepto cuando autoriza el uso de la fuerza pública para ingresar cuando no se encuentre persona alguna en el lugar.

La notificación se realizará mediante la exhibición y entrega de una copia de la orden de allanamiento. Aunque nada dice el precepto de forma expresa, de su contenido se infiere que dicha notificación se realizará de forma inmediata, en el momento de proceder a la entrada y registro, si las circunstancias lo permiten¹⁷⁴. Ni son es así, se notificará tan pronto como sea posible.

La ausencia de notificación no debe producir la nulidad o falta de validez de la diligencia de entrada y registro¹⁷⁵.

IV.7.8.2 Forma

Se admite la posibilidad de emplear la fuerza física para acceder a la vivienda, cuando fuere necesario. El art. 183 CPP nos dice que "si no se encuentra persona alguna en el lugar, o si alguien que habita la casa se resiste al ingreso, se hace uso de la fuerza pública para ingresar". Uso de la fuerza que deberá estar presidido por el principio de proporcionalidad.

IV.7.8.3 Presencia del notificado en el registro

Se prevé que la persona notificada deba ser invitada a presenciar el registro (art. 183 CPP). Como vemos no tiene la obligación de asistir al registro pero sí la facultad de estar presente durante su

¹⁷⁴ Como pone de relieve la STSE 10 octubre 2000 "dada la gran diversidad de las circunstancias que pueden producirse en la entrada y registro, no es requisito esencial que la notificación preceda a la entrada. En algunos casos, será factible cumplir con este presupuesto y, en otros casos, como en los que es necesario utilizar el auxilio de la fuerza, lo prioritario será aprovecharse del factor sorpresa, sin perjuicio de que, una realizada la entrada y practicadas las actuaciones necesarias para llevar a efecto la diligencia, se proceda a notificársela al interesado".

¹⁷⁵ Así lo ha declarado expresamente el TCE. La STCE 171/1999, de 27 septiembre, afirma que "la ausencia de notificación del auto de autorización de entrada y registro no afecta al derecho a un proceso con todas las garantías, pues se trata de un requisito que se mueve en el plano

de la legalidad ordinaria, sin trascendencia en el plano constitucional, y cuyos efectos se producen, en su caso, en el ámbito de la validez y eficacia de los medios de prueba". En la misma línea STSE 2 octubre 2000.

desarrollo. Deberá ser informado de la facultad que tiene de estar presente durante la práctica del registro.

La ley parte, en principio, del supuesto que la propia persona titular del domicilio sea la persona sujeta a la investigación criminal. El interrogante se plantea cuando el registro tiene lugar en la morada o domicilio de un tercero. Estimamos que, en estos casos, debería darse al imputado la posibilidad de estar presente durante el registro¹⁷⁶. Mediante su presencia se garantizaría la contradicción en la práctica de la diligencia, por lo que la misma adquiriría la condición de prueba preconstituida.¹⁷⁷

En los casos en que el imputado estuviera privado de libertad (por ejemplo, arrestado o detenido), su presencia debería ser siempre obligatoria¹⁷⁸. En este caso, además, debería estar asistido de letrado durante la realización de dicha diligencia¹⁷⁹.

IV.7.8.4 Realización de operaciones técnicas y participación de testigos y peritos

La práctica del registro puede ir complementada con la realización de operaciones técnicas o científicas, reconocimientos y reconstrucciones del hecho (art. 185 CPP).

Nada obsta, pues, a la presencia y participación de testigos y peritos durante el registro, cuando ello fuere necesario para el éxito de la investigación criminal.

IV.7.8.5 Documentación de la diligencia

El resultado del registro debe plasmarse por escrito en un acta (art. 183 CPP). Aunque nada dice la ley, en dicha acta se detallarán todas aquellas circunstancias relevantes para la investigación penal, tanto las que perjudiquen al imputado como las que le favorezcan. Deberán plasmarse, también, todas aquellas incidencias que se hayan producido durante su práctica y, en su caso, las manifestaciones que hubiere podido realizar el imputado.

En el acta deberá hacerse constar, también, aquellos los extremos relativos a la notificación de la orden de allanamiento, así como la indicación de las personas intervinientes en el registro. También la hora de inicio del registro y la duración del mismo¹⁸⁰.

176 VEGAS TORRES, J., "Prueba ilícita en particular (II): la ilicitud de la diligencia de entrada y registro en lugar cerrado y sus consecuencias", en AA.VV., La prueba en el proceso penal (II), Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1996, pp. 338 y ss.

177 En este sentido se han pronunciado algunas sentencias del TSE: SSTSE 27 octubre 1999, 30 enero 2001.

178 El TSE, en una doctrina consolidada, estima que la ausencia del interesado detenido en la diligencia determina la nulidad absoluta de la misma, aunque ello no impide que los hechos descubiertos con la práctica del registro no puedan ser acreditados por medio de otras pruebas: SSTSE 10 octubre 1994, 9 mayo 1995, 30 mayo 1995, 20 junio 1997, 27 octubre 1999, 29 noviembre 1999, 6 junio 2001, 14 diciembre 2001. Esta regla general admite excepciones cuando razones de fuerza mayor hagan imposible o de muy difícil cumplimiento la presencia del detenido (SSTSE 15 febrero 1997, 19 junio 1999).

179 Para RODRÍGUEZ SOL, L., Registro domiciliario, cit., pág. 207, es suficiente con la información al detenido del derecho a que un letrado esté presente en la diligencia de registro. No obstante, el detenido puede legítimamente no solicitar dicha presencia, en cuyo caso no resulta obligado que el abogado asista a la entrada y registro. La doctrina jurisprudencial mayoritaria no exige, en estos casos, la asistencia de letrado: SSTSE 30 octubre 1998, 13 junio 2000, 10 mayo 2001, 16 enero 2002, 8 septiembre 2003.

180 El art. 572 LECrim declara que "en la diligencia de entrada y registro en lugar cerrado se expresarán los nombres del Juez, o de su delegado, que la practique, y de las demás personas que intervengan, los incidentes ocurridos, la hora en que se

IV.7.8.6 Eficacia probatoria

Se prevé expresamente que el acta del registro pueda ser incorporada al juicio oral mediante su lectura, sin perjuicio de la posibilidad de citar al funcionario y testigo instrumental para que comparezcan al acto del juicio oral para prestar su testimonio (art. 183 CPP).

Insistimos en la idea, ya defendida en relación con otras diligencias de investigación, que la regla general debería ser la presencia en el acto del juicio oral de los funcionarios policiales participantes en el registro para poder ser sometidos, en calidad de testigos, al interrogatorio de todas las partes. En estos casos, el acta podría ser utilizada como complemento –o elemento de contraste¹⁸¹– del interrogatorio. La sustitución del interrogatorio por su lectura debería quedar reservada a los supuestos de imposibilidad de presencia de los agentes policiales en el acto del juicio oral. Esta solución es más respetuosa con la garantía de contradicción.

IV.8 El registro de locales públicos

El nuevo texto procesal penal distingue entre el registro de moradas y lugares privados y el registro de lugares públicos, sometiendo cada uno a garantías diferentes. A diferencia de los primeros el registro de lugares públicos, como veremos a continuación, no precisa de autorización judicial.

El art. 184 CPP se ocupa de los registros de locales públicos. A dichos efectos se considera como tales, según el precepto legal, las dependencias estatales, locales comerciales o aquellos destinados al esparcimiento público o al culto religioso.

La jurisprudencia del TSE ha considerado como lugares o locales públicos los bares, bodegas, cafeterías, restaurantes, pubs y otros lugares de recreo y esparcimiento abiertos al público (locales comerciales, tiendas, comercios, mercados...)¹⁸², supuestos todos ellos que encajan en la fórmula empleada en el mencionado art. 184 CPP.

No obstante, hay que tener en cuenta que en estos lugares abiertos al público pueden existir zonas privadas o reservadas destinadas a morada o vivienda, que deberían estar sometidas al régimen de la previa autorización judicial¹⁸³.

Como hemos adelantado, el registro de tales locales públicos no está sometido a previa autorización judicial. La única exigencia legal es que se realicen en presencia del responsable o

hubiere principiado y concluido la diligencia, y la relación del registro por el orden con que se haga, así como los resultados obtenidos”.

181 VEGASTORRES, J., “Prueba ilícita...”, cit., p. 312.

182 SSTSE 19 julio 1993 (bar), 16 septiembre 1993 (pub), 2 marzo 1994, 3 mayo 1994 (establecimiento dedicado al servicio público de bebidas), 8 junio 1994, 6 octubre 1994, 30 junio 1995, 3 octubre 1995, 3 febrero 1997 (una bodega), 26 diciembre 2000 (pub y cocina anexa al mismo), 22 enero 2002 (establecimiento comercial). Por su parte, la STCE 10/2002, de 17 enero, fj. 6º, declara que la garantía constitucional de la inviolabilidad domiciliaria no es extensible a aquellos lugares cerrados que, por su afectación –como ocurre con los almacenes, las fábricas, las oficinas y los locales comerciales...–, tengan un destino o sirvan a cometidos incompatibles con la idea de privacidad”. No se ha extendido dicha garantía a un bar (STCE

283/2000, de 27 noviembre, fj. 2º), o a unas oficinas de una empresa (ATCE 171/1989, de 3 abril), o a almacenes de mercancías (STCE 228/1997, de 16 diciembre).

183 SSTSE 27 diciembre 1989, 5 junio 1993, 10 diciembre 1994, 25 enero 1995.

encargado del lugar; y en su ausencia, de cualquier dependiente o un vecino o persona mayor de edad (art. 184 en relación con el art. 175 CPP).

En relación con su eficacia probatoria, se prevé su incorporación al juicio oral mediante lectura del acta de registro, sin perjuicio de que el funcionario y el testigo instrumental puedan ser citados para prestar su testimonio. Como ya hemos dicho en otras ocasiones, esta última debería ser la forma habitual de incorporación de los resultados del registro en el juicio oral, reservándose la lectura del acta para supuestos excepcionales de imposibilidad de presencia de los funcionarios policiales y testigos en la vista oral.

IV.9 El secuestro de correspondencia

IV.9.1 El derecho a la inviolabilidad de la correspondencia

El art. 8.9 CRD consagra el derecho a la inviolabilidad de la correspondencia y demás documentos privados, “los cuales no podrán ser ocupados ni registrados sino mediante procedimientos legales en la substanciación de asuntos que se ventilen en la justicia”. El mismo precepto consagra, también, la inviolabilidad de las comunicaciones telegráficas. En los textos internacionales, el art. 17.1 PIDCP establece que “nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación”. En parecidos términos se pronuncia el art. 11.2 CADH. Finalmente, el art. 8.1 CEDH dispone que “Toda persona tiene derecho al respeto a su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia”.

No estamos ante un derecho absoluto sin que admite limitaciones o restricciones por parte de los poderes públicos, tal como reconoce el art. 8.2 CEDH, siempre que la injerencia esté prevista en la ley y tenga algunas de las finalidades que menciona el propio precepto¹⁸⁴.

El nuevo CPP regula el secuestro de la correspondencia epistolar o telegráfica como medida de investigación penal (art. 191 CPP), en cumplimiento de la previsión constitucional. El secuestro se traduce en la aprehensión material del soporte físico (carta, telegrama...) en el que consta reflejado el mensaje o la comunicación.

IV.9.2 Presupuestos constitucionales y legales del secuestro de la correspondencia privada

Como toda medida limitativa de derechos fundamentales, el secuestro de la correspondencia está presidido por los principios de legalidad, de judicialidad y proporcionalidad.

Al principio de legalidad se refiere el mencionado precepto constitucional establece que la ocupación o registro sólo podrá realizarse mediante “procedimientos legales”. Estimamos, no

¹⁸⁴ Dicho precepto declara que “No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la Ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”

obstante, que la regulación legal contenida en el art. 191 CPP adolece de cierta parquedad, pues omite aspectos importantes de la regulación del secuestro de la correspondencia. El secuestro no es un fin en sí mismo, sino que presenta un carácter instrumental para proceder a la posterior apertura y examen del contenido de la correspondencia¹⁸⁵. La diligencia de investigación que analizamos presenta, por tanto, un contenido complejo pues incluye el secuestro o aprehensión material de la correspondencia y su posterior apertura y examen para conocer su contenido¹⁸⁶.

No obstante, el art. 191 CPP no contiene ninguna disposición acerca del acto de apertura y examen del contenido de la correspondencia secuestrada.

El referido precepto consagra el principio de exclusividad jurisdiccional, pues el secuestro de la correspondencia sólo puede ser acordado por el juez, mediante resolución motivada. Ninguna excepción se contempla en el precepto, por lo que podemos hablar de monopolio jurisdiccional¹⁸⁷. Aunque nada dice el texto legal, a diferencia de la entrada y registro de moradas y lugares privados (art. 180 CPP), el Juez de la instrucción no podrá actuar de oficio, pues carece de facultades investigadoras. La orden judicial de secuestro exigirá de previa petición del ministerio público o, en casos de urgencia, directamente de la propia policía¹⁸⁸.

El objeto del secuestro puede ser tanto la correspondencia epistolar como la telegráfica. En ambos casos el juez podrá acordar el secuestro de la correspondencia remitida por el propio imputado o destinada a él. El secuestro podrá acordarse aunque se realice bajo nombre supuesto.

185 La STSE 5 octubre 1996 hace referencia a este carácter instrumental al indicar que la detención de la correspondencia se hace como medio para su posterior apertura y examen.

186 La LECrim distingue entre la detención de la correspondencia privada, postal y telegráfica (art. 579.1) y la apertura y registro de la correspondencia (arts 584 a 588). Como actuación de distinto alcance prevé la observación de las comunicaciones postales (art. 579.3 LECrim). Como

nos dice ZARAGOZA AGUADO, J. A., "El secreto de las comunicaciones postales", en Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal, núm. VII-1999, Ministerio de Justicia, Madrid, 1999, pág. 399, la observación consiste en acceder al contenido de la comunicación —mediante la apertura de la misma— sin interrumpir ésta y sin que lo sepan los comunicantes; aunque también puede quedar reducida a la constatación de la existencia y de las circunstancias del envío (identidades y direcciones de los comunicante) sin necesidad de conocer el contenido de la comunicación.

187 Esta situación de monopolio jurisdiccional existe, también, en España, salvo en las investigaciones relativas a delitos relacionados con la actuación de bandas armadas o elementos terroristas o rebeldes, cuando concurran razones de urgencia, autorizando al Ministro del Interior o al Director de la Seguridad del Estado para acordar la observación de las comunicaciones postales, con posterior control judicial que deberá realizarse en el plazo de 72 horas desde que fue ordenada la observación (art. 579.1 y 4 LECrim) y Portugal (art. 179.1 CPP). En Alemania se faculta al Fiscal para confiscar la correspondencia en caso de peligro por la demora (parágrafo 100.1 StPO), aunque esta confiscación debe ser confirmada judicialmente en el término de tres días (parágrafo 100.2 StPO).

188 Por aplicación analógica de lo revisto en el art. 180 CPP para el registro de moradas y lugares privados.

CASO: Sobre el alcance del concepto de “correspondencia epistolar o telegráfica”.

Objetivo formativo concreto: Determinar las diferentes modalidades de correspondencia privada sometidas al régimen de la previa autorización judicial para proceder a su secuestro.

Descripción del supuesto fáctico planteado: En la Oficina de Correos de la localidad de..., se recibió un paquete postal procedente de..., siendo su destinatario el hoy imputado J. V. A. El referido paquete se encontraba parcialmente roto a consecuencia de las incidencias del transporte, observándose como de la parte rota salía una sustancia de color blanco. Avisada la policía, ante la sospecha de que pudiera tratarse de droga, se procedió a la apertura del paquete por parte de los agentes pertenecientes al Grupo Antidroga, a presencia de dos testigos funcionarios del Servicio de Correos, y una vez analizada la sustancia que se encontró en su interior resultó ser cocaína, ocupándose un total de 300 gramos con una pureza que superaba el 50 %.

¿Era necesaria la previa autorización judicial para proceder a la apertura del paquete? (Basado en la STSE 2 junio 1997).

El precepto legal menciona exclusivamente la correspondencia epistolar o telegráfica lo que plantea el interrogante de si el secuestro de los paquetes postales está sometido a autorización judicial¹⁸⁹. En España el TSE se decantó por la inclusión de los paquetes postales dentro del concepto de “correspondencia postal”¹⁹⁰. Según una doctrina jurisprudencial plenamente consolidada en la actualidad, el secreto de las comunicaciones postales, consagrado constitucionalmente en el art. 18.3 CE, alcanza, también, a los paquetes postales, pues en esta clase de envíos pueden remitirse objetos (fotografías, películas, cintas de vídeo,...) que por su contenido pueden incorporar datos relativos a la intimidad personal o familiar; esto es, pueden ser portadores de mensajes personales de índole confidencial. Los límites extraordinariamente difusos que existen entre la correspondencia postal y el paquete postal aconsejan un tratamiento unitario. Por tanto, la autorización judicial será necesaria, también, cuando se trate de paquetes postales, con exclusión de los envíos que ostenten etiqueta verde, sujetos según la legislación internacional a control aduanero de oficio¹⁹¹. Como nos dice NARVÁEZ RODRÍGUEZ el concepto de correspondencia a efectos de su protección constitucional no queda circunscrita a la correspondencia epistolar; sino que ha de extenderse a todos aquellos envíos postales, realizados a través del servicio público de correos, o privados análogos, mediante los cuales se establezca una relación, generalmente escrita,

189 El párrafo 99 StPO alemana dentro del concepto Confiscación de correo, incluye las cartas, los envíos y los telegramas. El art. 179.I CPP portugués se refiere a las cartas, pedidos, telegramas y cualquier otra correspondencia.

190 El TEDH ha optado por una interpretación extensiva del ámbito de aplicación del art. 8 CEDH, incluyendo dentro del mismo no sólo a las cartas, sino también los envíos postales, en definitiva todos aquellos medios que permitan una comunicación privada: vid., entre otros, SSTDH caso GOLDER contra Reino Unido, de 21 febrero 1975; caso SILVER y otros contra Reino Unido, de 25 marzo 1983; caso PFEIFER y PLANKL contra Austria, de 25 febrero 1992.

191 Vid., entre otras muchas, SSTSE 19 noviembre 1994, 23 diciembre 1994, 15 marzo 1995, 3 junio 1995, 20 marzo 1996, 5 noviembre 1996, 20 noviembre 1996, 20 octubre 1997, 29 diciembre 1997, 9 marzo 1998, 25 enero 1999, 8 marzo 1999.

entre dos o más personas y que a través de ésta se revelen datos de carácter personal que no deben traspasar la esfera íntima y familiar de los que la mantienen¹⁹².

Estimamos que esta solución debe ser aplicada también en la legislación procesal penal dominicana. Proponemos que dentro del concepto de “correspondencia epistolar” al que se refiere el art. 191 CPP, se incluya a los paquetes postales, a los efectos de someter su secuestro a la previa autorización judicial¹⁹³.

El secuestro de la correspondencia sin autorización judicial determina la ilicitud de las pruebas obtenidas con dicha diligencia¹⁹⁴ y, por tanto, la prohibición de su admisión y valoración en el proceso penal.

La exigencia de motivación de la resolución es una constante en todas las medidas restrictivas de derechos fundamentales y viene impuesta por el principio de proporcionalidad. Sobre el contenido de la motivación son de aplicación las mismas consideraciones que expusimos en relación con el registro domiciliario. En todo caso, el Juez deberá indicar el tipo de correspondencia cuyo secuestro acuerda: epistolar o telegráfica o las dos). Deberá precisar, también, si el secuestro alcanza tanto la remitida por el imputado como la destinada a él.

Es necesaria la concurrencia de indicios de la comisión de un hecho delictivo para poder acordar el secuestro de la correspondencia. La adopción de esta medida esta presidida por el principio de intervención indiciaria. Esta previsión se complementa con la previsión de la condición de imputado que debe tener la persona directamente afectada por la medida, tal como exige el art. 191 CPP.

El art. 191 CPP autoriza el secuestro de la correspondencia “siempre que sea útil para el establecimiento de la verdad”. Aunque la fórmula utilizada en el precepto no sea muy afortunada¹⁹⁵ estimamos que la misma hace referencia al subprincipio de idoneidad integrante del principio de proporcionalidad. Idoneidad que, como ya sabemos, deberá ser cualitativa y cuantitativa. La primera exige que la medida por su propia naturaleza sea idónea para el esclarecimiento de los hechos objeto de investigación. La idoneidad cuantitativa exige que el juez precise el tipo de correspondencia cuyo secuestro acuerda, así como si incluye tanto la remitida por el imputado como la destinada a él¹⁹⁶. La utilidad entendida en términos de idoneidad no es el único requisito que debe concurrir para poder acordar dicha medida. Al igual que toda medida limitativa de

192 NARVÁEZ RODRÍGUEZ, A., “Intervenciones postales”, en Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal, núm. VI, Ministerio de Justicia, Madrid, 1997, pág. 412.

193 Quedarían excluidos únicamente los paquetes postales con etiqueta verde, sometidos a control aduanero, conforme a lo dispuesto en el Convenio de la Unión Postal Universal de Washington, de 14 de diciembre de 1989, que entró en vigor el 1 de enero de 1991, y su Reglamento de ejecución (art. 117). La inspección de tales paquetes podrá ejecutarse de oficio, por las autoridades aduaneras, sin necesidad de autorización judicial.

194 Art. 167 CPP.

195 El art. 579.I LECrim utiliza la siguiente: “Podrá el Juez acordar la detención de la correspondencia privada....., si hubiere indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa”. Como indica MONTAÑÉS PARDO, M.A., La presunción de inocencia...., cit., pág. 286, con ello se hace referencia a que la medida sea idónea y necesaria para el fin perseguido.

196 El art. 583 LECrim exige que el auto motivado acordando la detención y registro de la correspondencia o la entrega de copias de telegramas transmitidos debe determinar “la correspondencia que haya de ser detenida o registrada, o los telegramas cuyas copias hayan de ser entregadas, por medio de la designación de las personas a cuyo nombre se hubieren expedido, o por otras circunstancias igualmente concretas”.

derechos fundamentales son requisitos para su adopción la necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto. Será necesario que el juez identifique el delito o delitos concretos para cuya investigación se acuerda la medida de secuestro a fin de poder controlar la proporcionalidad de la intervención¹⁹⁷.

En definitiva, la resolución judicial, para que pueda estimarse motivada, deberá precisar, con la suficiente claridad, el objeto, el sujeto o sujetos afectados, la finalidad de la medida de secuestro de la correspondencia, el tipo de envíos postales sobre los cuales va a gravitar la medida¹⁹⁸. La resolución judicial autorizando el secuestro de la correspondencia deberá respetar, por tanto, las exigencias del principio de proporcionalidad.

IV.9.3 La duración de la medida

En algunos casos el secuestro va dirigido a la aprehensión singular de una concreta comunicación escrita, supuesto en que no es necesario fijar plazo alguno de duración de la medida restrictiva. Sin embargo, en otros casos se requiere una prolongación temporal de la medida para lograr sus efectos, por lo que el juez deberá fijar en la resolución judicial el plazo máximo de duración de la misma. Ante la falta de previsión legislativa al respecto, nos inclinamos por aplicar como plazo máximo el de 30 días fijado para la intervención de las telecomunicaciones (art. 192 CPP). Plazo que sería susceptible de prórroga si persistieran los motivos que justificaron la adopción de la medida de secuestro¹⁹⁹.

Se trata de un plazo máximo, que no es necesario agotar en todos los casos, correspondiendo al juez ponderar todas las circunstancias concurrentes a fin de fijar el plazo de duración del secuestro, que deberá prolongarse sólo el tiempo imprescindible para conseguir los fines perseguidos por la medida²⁰⁰.

IV.9.4 Procedimiento de secuestro, apertura y examen de la correspondencia

La regulación legal adolece, como hemos dicho, de excesiva parquedad, pues ninguna disposición se contiene acerca de la apertura y examen de la correspondencia. El art. 191 CPP se limita a regular el acto del secuestro, pero nada se dice acerca de la forma en que deberá llevarse a cabo la apertura de la correspondencia, ni el examen de su contenido, ni la documentación del acto.

La legislación procesal penal debería haber regulado, como mínimo, los siguientes extremos:

- a. Quiénes están facultados para proceder a la aprehensión material (detención) de la correspondencia secuestrada judicialmente.

197 Al tratarse de una medida restrictiva de un derecho fundamental no puede ser acordada para la investigación de cualquier tipo de delito, sino que debe tratarse de delitos graves, por la pena que llevan aparejada, por la naturaleza del bien jurídico protegido, por su trascendencia social o por su comisión a través de una organización criminal. El art. 179.I CPP portugués exige que se trate de delitos castigados con penas de prisión superiores a tres años.

198 NARVÁEZ RODRÍGUEZ, A., "Intervenciones postales", cit., p. 436.

En la LECrim española se fija un plazo de 3 meses, susceptible de prórrogas sucesivas por iguales periodos de tiempo (art. 579. 3 LECrim).

200 NARVÁEZ RODRÍGUEZ, A., "Intervenciones postales", cit., p. 440. MONTAÑÉS PARDO, M.A., La presunción de inocencia..., cit., p. 286.

- b. Quién y cómo debe remitirse esta correspondencia a la autoridad judicial.
- c. Quién y como debe procederse a la apertura de la correspondencia y al examen de su contenido.
- d. Cómo debe documentarse el acto de la apertura y posterior examen.
- e. Quién y cómo debe procederse a la custodia de la correspondencia una vez examinado su contenido.
- f. Cuándo deberá procederse a la devolución de la correspondencia a su destinatario.

La resolución judicial debería identificar la autoridad o funcionario que haya de proceder, por delegación judicial, a la ejecución de la medida de secuestro judicial. Una vez llevada a cabo la aprehensión deberá remitirse inmediatamente, sin demora, a la autoridad judicial para proceder a su apertura.

CASO: Sobre la presencia del interesado en el acto de apertura de la correspondencia.

Objetivo formativo concreto: Identificar los requisitos exigidos para proceder a la apertura de la correspondencia privada.

Descripción del supuesto fáctico planteado: A raíz de las investigaciones practicadas se acordó judicialmente el secuestro de la carta remitida por el imputado E. L. R., en fecha....., cuyo destinatario era J. A. M., por estimarlo necesario para el descubrimiento de los hechos investigados. Una vez aprehendida la carta se procedió a su apertura a presencia del Juez de la instrucción y de un representante del ministerio público, sin la presencia del imputado remitente, a quien no se citó para que pudiera presenciar el acto de apertura.

Determinar si la presencia del imputado en la diligencia de apertura de la correspondencia es preceptiva.

Estimamos que la diligencia de apertura de la correspondencia debería realizarse por la autoridad judicial²⁰¹, a presencia del ministerio público y del interesado²⁰², salvo que ello pueda poner en peligro el éxito de la investigación²⁰³. El concepto de interesado no debe ser identificado ni con

201 La LECrim española reserva esta diligencia exclusivamente al Juez de instrucción (art. 586 LECrim). La StPO alemana atribuye, también, al juez la competencia para la apertura de la correspondencia, aunque admite que pueda transferir esta competencia a la fiscalía, siempre que sea necesario para no poner en peligro el éxito de la investigación por demora.

202 El art. 584 LECrim dispone que "para la apertura y registro de la correspondencia postal será citado el interesado". La presencia del interesado tiene como excepción los supuestos de apertura de envíos postales sospechosos de contener estupefacientes para la sustitución de la droga que hubiese en su interior (art. 263 bis, apartado 4, LECrim).

203 El parágrafo 101 (1) StPO alemana dispone que las partes sean informadas de la medida de confiscación del correo en tanto que esto pueda suceder sin poner en peligro la finalidad de la investigación.

el remitente ni con el destinatario de la correspondencia. El concepto de interesado debe tener mayor amplitud. Como expone NARVÁEZ RODRÍGUEZ dentro de dicho concepto debemos incluir a todas aquellas persona que guarden relación con los envíos postales intervenidos y que puedan verse implicados como consecuencia del descubrimiento del secreto que oculta el contenido de dicho efecto²⁰⁴. El interesado deberá ser citado para que pueda comparecer al acto de apertura. Aunque si citado no comparece, por causa injustificada, nada impediría la realización de la diligencia de apertura²⁰⁵. La no presencia del interesado, ante la falta de citación del mismo, determina la nulidad de la diligencia y, por tanto, la ilicitud de las fuentes probatorias obtenidas²⁰⁶.

El Juez, como garante de los derechos del imputado, debería proceder por sí mismo a examinar la correspondencia²⁰⁷, quedando incorporada a la causa únicamente aquella que tuviera relación con los hechos punibles objeto de investigación. La correspondencia que no guarde relación se deberá devolver a su remitente o destinatario²⁰⁸.

Del acto de apertura y examen del contenido de la correspondencia se deberá levantar la oportuna acta²⁰⁹ dando cuenta del desarrollo de la diligencia y de las incidencias que hubieren acontecido, así como las observaciones que puedan realizar las partes²¹⁰.

IV.10 El secuestro de objetos y documentos

IV.10.1 Obligación legal de entrega

Toda persona que tuviera en su poder objetos o documentos relacionados con el hecho punible o sujetos a confiscación o decomiso, relevantes para la investigación, tiene la obligación de presentarlos y entregarlos cuando sea requerido para ello (art. 186 CPP)²¹¹.

Cuando no sean entregados se procederá a su secuestro. El secuestro es una medida acordada judicialmente que tiene como finalidad la aprehensión de aquellos objetos o documentos relacionados con el hecho punible y que sean relevantes para la investigación. El secuestro no es una medida cautelar real pues no tiene como objetivo asegurar las eventuales responsabilidades pecuniarias derivadas del hecho delictivo. Se trata de una medida de investigación o de aseguramiento de fuentes de prueba. Su finalidad es aprehender aquellos objetos o documentos que sean relevantes y útiles para la propia investigación penal, bien porque constituyen el cuerpo del delito, o bien porque pueden ser utilizados, directa o indirectamente, como elementos de prueba.

204 NARVÁEZ RODRÍGUEZ, A., "Intervenciones postales", cit., p. 445.

205 El art. 585 LECrim prevé dos supuestos en que puede procederse a la apertura de la correspondencia sin que concurra al acto alguno o algunos de los interesados: a) cuando estuviere declarado en rebeldía, y b) cuando habiendo sido citado no quisiere presenciar la apertura ni tampoco nombrar persona para que lo haga en su nombre.

206 Vid., entre otras, SSTSE 7 abril 1997.

207 El art. 179.3 CPP portugués exige que sea el juez el primero en tomar conocimiento del contenido de la correspondencia aprehendida.

208 Vid., arts. 586 y 587 LECrim; art. 179.3 CPP portugués, y parágrafo 101 (2) StPO alemana.

209 Art. 139 CPP.

210 El art. 588 LECrim dispone que "la apertura de la correspondencia se hará constar por diligencia, en la que se referirá cuanto en aquélla hubiese ocurrido".

211 Esta misma obligación se contienen en el parágrafo 95 (1) StPO alemana, y en el art. 575 LECrim.

IV.10.2 Objetos excluidos de secuestro

El CPP contempla dos supuestos que están excluidos del secuestro judicial:

- a) Los exámenes o diagnósticos médicos protegidos por el secreto profesional.
- b) Las comunicaciones entre el imputado y su abogado defensor (art. 187 CPP).

El precepto no contempla ninguna excepción a esta prohibición. No obstante, estimamos que esta exclusión no tendría aplicación cuando existieran indicios suficientes de la participación del abogado en el hecho delictivo o los efectos o documentos que se pretenden secuestrar constituyan objeto o elemento de un delito²¹².

IV.10.3 Orden judicial de secuestro

Se consagra el principio de jurisdiccionalidad al señalar que la orden de secuestro será expedida por el juez en una resolución fundada (art. 188 CPP)²¹³. En dicha resolución el juez de la instrucción²¹⁴ deberá indicar el tipo o clase de objetos o documentos que deben ser objeto de secuestro, así como indicar su relevancia para la investigación penal en curso. También, por aplicación del art. 175 CPP, deberá indicar, en su caso, cuales son los motivos que razonablemente permiten suponer la existencia de elementos de prueba útiles para la investigación.

La orden judicial de secuestro no será necesaria cuando se trate de la ocupación de objetos o documentos durante un registro practicado por el ministerio público o la policía (art. 188 CPP)²¹⁵.

IV.10.4 Procedimiento

El art. 189 CPP se remite, in totum, al procedimiento previsto para el registro. Estimamos que esta remisión se refiere al procedimiento previsto en el art. 183 CPP para el registro de lugares. Aplicando, pues, las previsiones de dicho precepto, la orden de secuestro deberá notificarse a la persona en cuyo poder se encuentren los objetos o documentos que se pretenden aprehender, mediante entrega de una copia de la resolución judicial²¹⁶. Dicha persona deberá ser invitada a presenciar el acto del secuestro. Del acto de secuestro y de su resultado se levantará la oportuna acta, donde se harán constar las incidencias que se hubieren podido producido. Acta que podrá ser incorporada al juicio oral mediante su lectura.

212 En el derecho alemán se prevé una norma de exclusión similar; estableciendo que no están sujetos a confiscación las comunicaciones escritas entre el acusado y su abogado, así como aquellas anotaciones que sobre estas comunicaciones que les ha confiado el inculpado hayan hecho sus abogados. No obstante, a continuación establece que las restricciones de la confiscación no son válidas cuando dichas personas (letrados) son sospechosos de una participación o de un encubrimiento, obstaculización de la punición u ocultamiento, o si se trata de objetos que han sido producidos para un delito, o utilizados o determinados para la realización de un delito, o los que proceden de un delito (parágrafo 97 StPO). El CPP portugués prohíbe, en principio, la aprehensión de documentos amparados por el secreto profesional (de abogados y médicos) salvo que los mismo constituyan objeto o elemento de un crimen (art. 180).

213 El art. 24 CPP se refiere a la motivación de las decisiones judiciales.

214 Es el juez competente para dictar la orden de secuestro (art. 73 CPP).

215 Vid. art. 175 CPP.

216 Así se prevé en el art. 184 CPP portugués.

Los documentos o efectos secuestrados deberán ser exhibidos o leídos en el acto del juicio oral, cuando pretendan ser utilizados como prueba (cfr. art. 329 CPP).

IV.10.5 Conservación de los efectos y documentos

Los efectos secuestrados serán individualizados, inventariados y depositados para asegurar su custodia y buena conservación (arts 186 y 189 CPP). Con esta previsión se pretende una adecuada identificación de los objetos secuestrados para prevenir confusiones²¹⁷. La responsabilidad de dicha custodia corresponde al ministerio público. De ahí que la policía deba remitir los objetos secuestrados al ministerio público, salvo cuando tales objetos sean necesarios para practicar algún acto de prueba en cuyo caso serán enviados inmediatamente después de la realización de los exámenes técnicos o científicos correspondientes (art. 278 CPP).

Cuando se trate de objetos que legalmente deban ser destruidos se procederá a conservar muestras suficientes que permitan su examen (art. 186 CPP). También cuando los objetos secuestrados corran el riesgo de alterarse, desaparecer, sean de difícil custodia o perecederos, se ordenarán reproducciones, copias, pericias o certificaciones sobre su existencia y estado (art. 189 CPP).

Con estas previsiones se trata de asegurar la prueba de la existencia y estado de tales objetos, así como la contradicción en su análisis, disponiendo la extracción de muestras suficientes para un eventual contraanálisis que pueda solicitar la defensa del imputado o acusado.

IV.10.6 Destino de los efectos secuestrados

Cuando se trate de objetos sujetos a decomiso (drogas, armas, explosivos...) el ministerio público les dará el destino fijado en las leyes (art. 189, último párrafo, CPP).

Cuando los objetos secuestrados no estén sometidos a decomiso el ministerio público acordará su devolución a la persona en cuyo poder se obtuvieron tan pronto como se pueda prescindir de ellos (art. 190, párrafo primero, CPP). Si se pretenden utilizar como prueba en el acto del juicio oral el ministerio público deberá conservarlos hasta la finalización del proceso.

La ley contempla la posibilidad de una devolución provisional de los efectos secuestrados, en calidad de depósito judicial. En estos casos el poseedor estará obligado a conservar los efectos, pues debe presentarlos cuando sea requerido para ello (art. 190, párrafo segundo, CPP).

Cuando hayan transcurrido seis meses sin que nadie haya reclamado los efectos secuestrados ni se conozca a su propietario o poseedor, se prevé que puedan ser entregados en depósito a un establecimiento asistencial que los necesite, que sólo puede utilizarlos para cumplir el servicio que brinda al público (art. 190, párrafo tercero, CPP).

Toda controversia acerca de la tenencia, posesión o dominio sobre una cosa o documento, para su entrega en depósito o devolución, se resolverá, aplicando analógicamente, las reglas civiles respectivas (art. 190, párrafo cuarto, CPP).

²¹⁷ La StPO alemana dispone que los objetos custodiados o confiscados deben ser registrados con exactitud, y marcados con estampillas oficiales o de otra forma idónea para la prevención de confusiones (párrafo 109). Vid., también, art. 184 CPP portugués.

Por último, se establece que todas las decisiones del ministerio público referidas a la devolución de los efectos secuestrados podrán ser objetadas ante la autoridad judicial (art. 190, párrafo último, CPP).

IV.10.7 Clausura de locales y aseguramiento de cosas muebles

Cuando para la averiguación de un hecho punible sea indispensable la clausura temporal de un local o la inmovilización de cosas muebles que por su naturaleza o dimensión no puedan ser mantenidas en depósito, se procederá a asegurarlas, aplicando las reglas del secuestro (art. 193 CPP).

IV.11 La interceptación de las telecomunicaciones

IV.11.1 Derecho al secreto de las comunicaciones privadas

El art. 8.9 CRD consagra el derecho al secreto de las comunicaciones privadas, declarando que “es igualmente inviolable el secreto de la comunicación telegráfica, telefónica y cablegráfica”²¹⁸. El TEDH entiende que las comunicaciones telefónicas están incluidas dentro de los conceptos de “vida privada” y “correspondencia” a los que alude el art. 8.1 CEDH²¹⁹.

La STCE 114/1984, de 29 noviembre, afirmó que el concepto constitucional de secreto del art. 18.3 CE tiene un carácter formal, en el sentido de que se predica de lo comunicado, sea cual sea su contenido y pertenezca o no el objeto de la comunicación misma al ámbito de la persona, lo íntimo y lo reservado, y esta condición formal del secreto de las comunicaciones implica una presunción iuris et de iure de que lo comunicado es secreto en su sentido sustancial. Por tanto, el secreto de las comunicaciones no requiere el carácter íntimo de lo comunicado. El secreto puede invocarse frente a cualquier tercero que no participa del proceso comunicativo con independencia del contenido de la comunicación²²⁰. Queda fuera del ámbito de protección de este derecho aquellos supuestos de grabaciones de conversaciones efectuadas por uno de los interlocutores participantes²²¹, incluso aunque la misma se lleve a cabo por medio del teléfono (autoinjerencia o bugging)²²².

218 Al igual que el art. 18.3 CE, que se limita a mencionar a las comunicaciones postales, telegráficas y telefónicas, la enumeración que realiza debe entenderse ad exemplum, por lo que nada impide que caigan dentro de la esfera de protección de este derecho cualquier otro cauce o sistema, público o privado, que sirva para hacer posible las comunicaciones entre personas (fax, correo electrónico..).

219 SSTEDH caso KCLASS contra Alemania, de 6 septiembre 1978; caso MALONE contra Reino Unido, de 2 agosto 1984, caso KRUSLIN contra Francia, de 24 abril 1990, HUVIG contra Francia, de 29 abril 1990.

220 LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P.; “Los derechos fundamentales al secreto de las comunicaciones y a la autodeterminación informativa”, en Derechos procesales fundamentales, Manuales de Formación Continuada, nº 22, CGPJ, Madrid, 2005, págs. 136 y ss.

221 La STCE 114/1984, de 29 noviembre, denegó el amparo solicitado por considerar que el derecho al secreto de las comunicaciones no puede oponerse, sin quebrar su sentido constitucional, frente a quien tomó parte en la comunicación misma así protegida. El bien constitucionalmente protegido es la libertad de las comunicaciones, precisando que no hay secreto para a quien la comunicación se dirige. Posición mantenida, también, por el TSE: SSTSE de 6 julio 2000; 19 noviembre 2001.

222 Como nos dice VELASCO NUÑEZ, E., “Presencias y ausencias (aspectos aclarados y discutidos) en materia de intervenciones telefónicas, en espera de una regulación parlamentaria del tema”, Actualidad Penal, núm. 18, 3 mayo 1993, pág. 248, se trata de una técnica de observación y registro de una comunicación telefónica que es captada por el aparato de uno de los dos

La protección constitucional se extiende no sólo al contenido de la conversación telefónica, sea o no íntima, sino también al propio proceso de comunicación. La STEDH caso MALONE contra Reino Unido, de 27 septiembre 1983, extiende, también, el secreto de las comunicaciones telefónicas a la identidad subjetiva de los interlocutores.

IV.II.2 Previsión legislativa de la intervención

El art. 8.2 CEDH establece que, con independencia de otras garantías que después estudiaremos, no podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio del derecho al secreto de las comunicaciones sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley.

Su regulación legal se halla en el art. 192 CPP, dentro del Título II, dedicado a la Comprobación inmediata y medios auxiliares, del Libro IV, Medios de prueba, de la Parte General. Su ubicación sistemática confirma su naturaleza jurídica como acto de investigación penal encaminado al descubrimiento del delito y/o la averiguación del delincuente. Aunque, también, esta medida puede cumplir una función de adquisición de fuentes de prueba. En la doctrina LÓPEZ-FRAGOSO nos dice, referido a las intervenciones telefónicas, que cumple dos funciones principales; por un lado, desempeña una función probatoria, aunque no es en sí misma un medio de prueba, sino una fuente de prueba, o, más exactamente, una operación técnica cuyo objeto (la conversación) puede crear elementos de prueba. En segundo término, cumple también una importante función investigadora, y ello tanto para obtener otros elementos de prueba como para ordenar sucesivos actos de investigación²²³.

Pero no es suficiente con la simple previsión legislativa es necesario, además, que la ley tenga un contenido mínimo determinado fijando las condiciones y procedimientos que han de respetarse en la práctica de la medida restrictiva del derecho al secreto de las comunicaciones (calidad de la ley).

La calidad de la ley exige su accesibilidad y claridad. En el ámbito de la intervención de las comunicaciones ello exige que la norma precise en qué circunstancias y mediante qué requisitos se autoriza al poder público para hacer uso de este tipo de medidas²²⁴. A la luz de la jurisprudencia del TEDH²²⁵ la ley debería definir, como garantías mínimas, los siguientes extremos:

-
- interlocutores con su conocimiento, pero con el desconocimiento de tal circunstancia por el otro interlocutor.
- 223 LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, T., *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*, Edit Colex, Madrid, 1991, pág. 20. El CPP italiano regula las Intercettazioni di conversazioni o comunicazioni dentro del Título III dedicado a los Mezzi di ricerca della prova, en el Libro III dedicado a la Prova.
- 224 Vid. STEDH caso MALONE contra Reino Unido, de 2 agosto 1984, apartados 66 y ss. La STEDH caso LAMBERT contra Francia, de 24 agosto 1998, al analizar la regulación de la intervención de las telecomunicaciones contenida en el CPP francés estimó, en su apartado 28, que sus normas son claras y detalladas y precisan, a priori, con suficiente claridad el alcance y las modalidades del ejercicio del poder de apreciación de las autoridades en el ámbito considerado. La legislación francesa fue modificada mediante Ley 91-646, de 10 de julio, a raíz de las SSTEDH casos HUVIG y KRUSLIN, de 24 abril 1990, a las que después nos referiremos.
- 225 Vid. SSTEDH casos KRUSLIN y HUVIG contra Francia, ambos de 24 abril 1990: se estimó que la legislación francesa vigente en ese momento no se ajustaba a al requisito de previsibilidad, pues no definía a quienes se podía someter a una intervención telefónica, ni la naturaleza de los delitos que la justificaban; no se fijaba al juez ninguna obligación de fijar un límite a la duración de la medida; no se puntualizaban las condiciones para levantar las actas en las que se recogieran las conversaciones interceptadas, ni las circunstancias en las que se podía o debía proceder al borrado o destrucción de las cintas. Vid., también SSTEDH caso ROTARU contra Rumanía, de 4 mayo 2000; y casos VALENZUELA CONTRERAS contra España, de 30 julio 1998, y PRADO BUGALLO contra España, de 18 febrero 2003, en donde, también, estimó incumplido el requisito de la previsibilidad, ante la insuficiencia de la regulación legal española vigente en ese momento. La insuficiencia de la regulación legal española ha sido puesta de manifiesto, también, por el TSE: STSE de 22 enero 2003.

- Personas susceptibles de ser sometidas a vigilancia telefónica judicial.
- Naturaleza de las infracciones penales que puedan dar lugar a la injerencia.
- Fijación de un límite a la duración de la ejecución de la medida .
- Condiciones de establecimiento o levantamiento de las actas que consignen las conversaciones interceptadas, esto es, el procedimiento de transcripción de las conversaciones interceptadas.

Precauciones que se deben tomar para comunicar, intactas y completas, las grabaciones realizadas, con el fin de ser controladas eventualmente por el Juez y la defensa.

Circunstancias en las que puede o debe realizarse el borrado o la destrucción de las grabaciones, sobre todo tras un sobreseimiento o una absolución.

Es indispensable, además, que la regulación normativa sea respetuosa con las exigencias derivadas del principio de proporcionalidad (necesidad, idoneidad y proporcionalidad en sentido estricto)²²⁶.

Su afectación al derecho al secreto de las comunicaciones y la necesidad de respetar el principio de proporcionalidad, hacen que la medida de interceptación de las telecomunicaciones privadas deba tener un carácter excepcional, como así lo reconoce expresamente el art. 192 CPP²²⁷.

IV.11.3 Reserva jurisdiccional

La interceptación de telecomunicaciones como medida de investigación penal debe estar sometida al principio de exclusividad jurisdiccional. Su afectación al derecho al secreto de las comunicaciones exige esta reserva jurisdiccional, esto es, únicamente el juez podrá acordar dicha medida en el marco de un proceso penal. El juez en este ámbito no sólo tiene la última sino también la primera palabra²²⁸. El art. 192 dispone que "se requiere autorización judicial para la interceptación, captación y grabación de las comunicaciones, mensajes, datos, imágenes o sonidos transmitidos a través de redes públicas o privadas de telecomunicaciones...."²²⁹. Es indiferente el contenido de dichas comunicaciones, mensajes o datos, en todo caso será necesaria la autorización judicial. El énfasis se pone en el medio, no en el contenido del mensaje.

IV.11.3.1 Elementos objetivos

Entre los supuestos incluidos en el precepto, sometidos a la previa autorización judicial, debe mencionarse el *comptage*, *pen register* o *recuento*, consistente en la utilización de aparatos

226 SSTCE 49/1996, de 26 marzo, fj. 2º; 122/2000, de 16 mayo, fj. 3º; 56/2003, de 24 marzo, fj. 2º.

227 La excepcionalidad de la medida es destacada por la doctrina: ALONSO PÉREZ, F., *Intervención de las comunicaciones postales, telegráficas y telefónicas*, Edit. Dykinson, Madrid, 2001, pp. 96-97.

228 GIMENO SENDRA, V., "El Ministerio Fiscal y el artículo 124 CE", en *Constitución y proceso*, Edit. Tecnos, Madrid, 1988, pág. 69.

229 El art. 18.3 CE consagra este principio declarando que "se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial" (la cursiva es mía). En el Derecho alemán se admite que en casos de peligro de demora la supervisión y registro de la telecomunicación pueda ser acordada por la Fiscalía, pero deberá ser confirmada judicialmente en el término de 3 días (parágrafo 100b (1) StPO). También el art. 267.2 CPP italiano admite que en casos de urgencia, cuando exista fundado motivo para creer que del retraso podría derivarse un grave perjuicio para las investigaciones, podrá el Ministerio Público ordenar la intervención mediante decreto motivado, que deberá comunicarse en un término no superior a 24 horas al Juez. Si el decreto del ministerio público no es confirmado no podrá continuarse la intervención y los resultados de ésta no podrán ser utilizados.

técnicos que, sin captar el contenido de lo comunicado, registran los números marcados en un concreto teléfono, así como la hora y duración de la llamada²³⁰. Aunque hay que reconocer que la intensidad de la injerencia en el derecho al secreto de las comunicaciones es notablemente menor que los supuestos de grabación del contenido de la conversación. El término legal "interceptación" utilizado en el art. 192 CPP comprendería dos tipos de actuaciones. Por un lado, la intervención de la comunicación cuya finalidad sería conocer el contenido de lo comunicado, y, por otro lado, el referido recuento u observación cuya finalidad es la identificación de los interlocutores así como conocer aquellos extremos relativos a la hora y duración de las llamadas telefónicas²³¹.

La interceptación tiene como finalidad conocer el contenido del proceso de comunicación sin interrumpirlo. El precepto legal no sólo autoriza la interceptación de las comunicaciones sino también su grabación, fijando la comunicación en un soporte fonográfico, permitiendo, de esta forma, la posterior utilización del contenido de la grabación como prueba en el proceso penal²³².

El régimen de previa autorización judicial alcanza no sólo a las comunicaciones telefónicas, sino a todo tipo de telecomunicaciones privadas. El precepto se refiere expresamente a las comunicaciones, mensajes, datos, imágenes o sonidos transmitidos a través de redes públicas o privadas de telecomunicaciones²³³. En la doctrina española PAZ RUBIO nos dice serán objeto material de esta medida las comunicaciones efectuadas a través de teléfonos móviles o convencionales, los sonidos o señales emitidos en la transmisión de faxes, teletipos, videoconferencias, correspondencia informática o cualesquiera otro sonido que se sirva de la red telefónica (por cable o por el espacio), para su transmisión²³⁴.

CASO: Sobre la determinación del alcance del secreto de las comunicaciones y la necesidad de resolución judicial.

Objetivo formativo concreto: Identificar los supuestos sometidos a previa autorización judicial y aquellos que no lo están

230 Como destacó la mencionada STEDH caso MALONE contra Reino Unido, de 2 agosto 1984, en su apartado 83 y ss., mediante este registro se obtienen informaciones, en especial, los números marcados, que son parte de las comunicaciones telefónicas y que caen dentro del ámbito de protección del art. 8 CEDH. La STCE 114/1984, de 29 noviembre, declaró, en el f. 7º, que el concepto "secreto", que aparece en el art. 18.3 CE, no cubre sólo el contenido de la comunicación, sino también, en su caso, otros aspectos de la misma, como, por ejemplo, la identidad subjetiva de los interlocutores o de los corresponsales.

231 LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Las escuchas telefónicas...*, cit., pp. 194-195. Para el TCE la entrega de los listados por las compañías telefónicas a la policía, sin consentimiento del titular del teléfono, requiere, también, de autorización judicial, pues la forma de obtención de los datos que figuran en los citados listados supone una interferencia en el proceso de comunicación que está comprendida en el derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas del art. 18.3 CE (SSTCE 123/2002, de 20 mayo; 56/2003, de 24 marzo).

232 LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, T., *Las intervenciones...*, cit., p. 49.

233 El párrafo 100b StPO alemana se refiere, también, a la supervisión y registro de las telecomunicaciones.

234 PAZ RUBIO, J. Mª, *La prueba en el proceso penal (su práctica ante los Tribunales)*, Edit. Colex, Madrid, 1999, pág. 210. RODRÍGUEZ LAINZ, J. L., *La intervención...*, cit., p. 36, menciona, entre otros, el correo electrónico, modem-fax, videoconferencia, mensáfonos, mensajes telefónicos, telefonía WAP, buzones de voz, chat. La STSE de 8 febrero 1999 afirma que "no sólo la primitiva telefonía por hilo, sino también las modernas formas de interconexión por satélite o cualquier otra señal de comunicación a través de las ondas se encuentran bajo la tutela judicial", anulando en el caso enjuiciado las pruebas porque fueron obtenidas por la policía interceptando con un scanner las conversaciones emitidas a través de teléfonos portátiles de titularidad particular; sin que se hubiera obtenido la necesaria autorización judicial.

Descripción del supuesto fáctico planteado: El denunciante G. M. G. se personó en las dependencias policiales denunciando que venía siendo objeto de un chantaje por parte de un desconocido que continuamente le llamaba por teléfono exigiéndole la entrega de una determinada cantidad de dinero. A los efectos de identificar al posible autor de tales llamadas telefónicas el denunciante autorizó a la policía para que, mediante la instalación del aparato técnico adecuado, pudiera registrar sus conversaciones y averiguar así el número de teléfono desde el que se efectuaban dichas llamadas amenazantes. A raíz de ello se identificó el número de teléfono desde el que se efectuaban las llamadas así como a su titular.

¿Era necesario obtener autorización judicial para registrar las conversaciones telefónicas del denunciante y conocer el número de teléfono desde el que se efectuaban las llamadas amenazantes?²³⁵

IV.11.3.2 Elementos subjetivos

El precepto legal autoriza la interceptación de las telecomunicaciones del imputado o de cualquier otra persona que pueda facilitar razonablemente información relevante para la determinación de un hecho punible.

Debe existir siempre una previa investigación penal en curso y la medida se adopta precisamente para el descubrimiento del delito o delitos objeto de dicha investigación. El precepto legal no autoriza la interceptación de las telecomunicaciones con la finalidad de prevenir la comisión de posibles delitos ni tampoco a efectos exploratorios o de meros sondeos (exploratory search)²³⁶. Están prohibidas las escuchas predelictuales o de prospección, desligadas de la realización de un hecho delictivo concreto²³⁷. La STCE 49/1999, de 5 abril, f. 8º, declara que el secreto de las comunicaciones no puede ser desvelado para satisfacer la necesidad genérica de prevenir o descubrir delitos, o para despejar las sospechas sin base objetiva que surjan en la mente de los encargados de la investigación penal, por más legítima que sea esta aspiración, pues, de otro modo, se desvanecería la garantía constitucional.

Las sospechas necesarias para adoptar dicha medida deben tener una cierta intensidad. No debe tratarse de meras hipótesis subjetivas o de simples conjeturas policiales²³⁸. Se requiere la existencia de datos fácticos (indicios) que permitan afirmar razonablemente, aunque con carácter provisional, la eventual participación del sujeto (imputado) en el hecho delictivo objeto de investigación. Datos que deberán ser accesibles a terceros, en el sentido de que puedan ser

235 El presente caso está basado en la STCE 56/2003, de 24 marzo.

236 LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, T., *Las intervenciones...*, cit., p. 54.

237 SSTSE de 14 febrero 1998, 23 septiembre 1998; esta última sentencia menciona como una de las exigencias de las intervenciones telefónicas la de "especialidad de la materia a investigar porque no cabe decretar la intervención telefónica para propiciar el descubrimiento genérico de posibles infracciones penales, lo que supondría conceder autorizaciones en blanco, antes al contrario se precisa indicar el tipo delictivo que se está investigando que algunas veces puede incluso modificarse posteriormente, no por novación de dicho tipo sino por adición o suma de otras peculiaridades penales"; también STSE 11 marzo 1999.

238 MONTERO AROCA, J., *La intervención de las comunicaciones telefónicas en el proceso penal (un estudio jurisprudencial)*, Edit. Tirant lo blanch, Valencia, 1999, pp. 149-150.

constatadas por otras personas distintas a quienes sostienen o comparten la sospecha²³⁹. Su accesibilidad exige que no se confunda lo que es el objeto del conocimiento con la fuente del conocimiento. Como declara la STCE 299/2000, de 11 diciembre, fj. 5º, "la idea de dato objetivo indiciario tiene que ver con la fuente de conocimiento del presunto delito, cuya existencia puede ser conocida a través de ella. De ahí que el hecho en que el presunto delito puede consistir no pueda servir como fuente de conocimiento de su existencia. La fuente del conocimiento y el hecho conocido no pueden ser la misma cosa"²⁴⁰. El juez deberá explicitar en la resolución autorizante cuales son los datos objetivos (indicios) que permiten conectar al sujeto o sujetos que van a verse afectados por la medida con el delito investigado.

CASOS: Sobre la calidad de los indicios necesarios para acordar judicialmente una intervención de telecomunicaciones privadas.

Objetivo formativo concreto: Identificar la calidad de los indicios cuya concurrencia es necesaria para poder autorizar una intervención telefónica.

Descripción del supuesto fáctico planteado:

CASO PRIMERO: Se recibe en las dependencias policiales un escrito anónimo, sin fecha alguna, en donde se dan detalles acerca de la participación de A.V.S en un posible delito de tráfico de drogas, consistente en la importación vía marítima de cocaína para su posterior distribución en el interior del país. Se hacen constar en dicho escrito numerosos contactos mantenidos por esta persona con terceros, identificando las fechas y lugares, dando cuenta además de los vehículos utilizados por dichas personas en sus desplazamientos. Se concluye, afirmando que se espera en los próximos días una inminente entrega de droga en la que intervendría directamente A. V. S.

Este escrito da lugar a que la policía, a través del ministerio público, solicite la intervención del teléfono utilizado habitualmente por A.V.S. con la finalidad de poder confirmar los extremos apuntados en el mismo, especialmente la fecha y lugar de la entrega de la droga. El Juez accede a dicha intervención, dada la gravedad de los hechos delictivos objeto de investigación y la necesidad de la medida de interceptación solicitada para averiguar extremos relevantes.

¿Eran suficientes las sospechas apuntadas en el escrito anónimo para autorizar la intervención telefónica?²⁴¹

239 Vid., entre otras, SSTCE 49/1999, de 5 abril; 171/1999, de 27 septiembre; 202/2001, de 15 octubre; 167/2002, de 18 septiembre.

240 Dicha sentencia censura la utilización en la solicitud policial de la fórmula "según investigaciones propias de este Servicio...", sin dar cuenta del tipo de investigaciones realizadas ni de las fuentes de conocimiento (seguimientos, declaraciones de terceras personas, investigación patrimonial...). También, la STCE de 18 junio 2001, fj. 4º, censura que la resolución judicial se limita a afirmar la existencia de una investigación previa sin precisar en que había consistido ni cuál había sido su resultado.

241 La STCE 184/2003, de 23 octubre, censuró que la intervención telefónica se autorizara judicialmente en virtud de un anónimo, sin haberse practicado con carácter previo ninguna averiguación complementaria de aquellos datos y extremos referidos en el escrito.

CASO SEGUNDO: A raíz de las investigaciones policiales practicadas con la finalidad de acabar con el tráfico de drogas en la localidad, se tomó declaración a varias personas consumidoras de drogas, quienes en sus manifestaciones identificaron a Isabel V. V., como la persona que les suministraba la cocaína, reconociéndola fotográficamente. Por gestiones practicadas se tuvo conocimiento que esta persona residía en una vivienda en las cercanías de la catedral y que disponía de teléfono de su titularidad. Por todo ello se solicitó del juez que autorizase la intervención de dicho teléfono para obtener pruebas encaminadas al descubrimiento del delito.

¿Son suficientes estas sospechas para acordar la intervención telefónica solicitada?

Como hemos visto, el precepto autoriza la interceptación de las telecomunicaciones de personas respecto de las cuales existen sospechas fundadas de su participación en el hecho delictivo, pero admite también la interceptación de las comunicaciones de terceras personas, aunque no tengan una relación directa con el hecho punible objeto de investigación. Se admite, pues, la interceptación de las telecomunicaciones de aquellas personas que son utilizadas por el imputado como intermediarios para transmitir o recibir sus comunicaciones relacionadas con el delito investigado o que se comuniquen directamente con el propio imputado²⁴². Como nos indica LÓPEZ-FRAGOSO no se trata de participantes en el hecho delictivo investigado, sino de terceros intermediarios que actúan, normalmente de buena fe, desconociendo que las comunicaciones se relacionan con un hecho delictivo²⁴³. La ampliación de la medida de interceptación a estos terceros exigirá que concurren hechos que razonablemente permitan afirmar su condición de intermediarios, y que la información que se pretende obtener sea relevante para los fines de la investigación²⁴⁴. También podrá acordarse dicha intervención cuando se tenga constancia de que el imputado suele utilizar personalmente para sus comunicaciones un teléfono titularidad de terceras personas²⁴⁵.

242 En el Derecho alemán se admite la interceptación de las telecomunicaciones del inculcado así como de terceras personas de las que se sospecha fundadamente, sobre la base de determinados hechos, que reciben o tramitan para el inculcado determinadas comunicaciones o comunicaciones provenientes de él, o que el inculcado utiliza su comunicación (parágrafo 100a, in fine, StPO).

243 LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, T., *Las intervenciones...*, cit., p. 60.

244 VILABOY LOIS L., y NOYA FERREIRO, L., *La intervención de las comunicaciones telefónicas en el proceso penal*, pág. 23, apuntan que para que la extensión de la intervención a una tercera persona sea lícita, el juez debe tener constancia, aparte de la relación que une a ese tercero con el imputado, de que aquél está siendo utilizado por éste para la comisión del hecho delictivo; constancia que, al igual que la sospecha que se exige para acordar la intervención de las comunicaciones del imputado, ha de ser cierta y no basada en simples conjeturas o deducciones.

245 La STSE de 18 marzo 1994, al analizar el alcance del art. 579.3 LECrim nos dice que el precepto autoriza la intervención de las comunicaciones telefónicas de las personas sobre las que existan indicios de responsabilidad criminal, así como de las comunicaciones de las que se sirvan para la realización de sus fines delictivos, añadiendo a continuación que "ésta es la intención de la norma procesal invocada, la posibilidad de intervención de teléfono de persona no imputada, ni, en principio, objeto de sospecha de una intervención directa, cuando tal teléfono es el que utiliza o del que se sirve el sujeto sobre el que existen indicios de actuación criminal, para la mejor planificación y desarrollo de sus propósitos delictivos". Vid., también, SSTSE de 18 octubre 1999; 3 julio 2000. La STSE 3 abril 1998 analizó un supuesto de intervención de un teléfono público utilizado por los imputados para adoptar sus acuerdos relativos a un delito de tráfico de drogas, habiendo autorizado el juez únicamente la grabación de las conversaciones de dichos imputados, excluyendo en la resolución judicial toda observación de las conversaciones de terceras personas.

Al amparo de esta disposición legal no podrán interceptarse las comunicaciones del abogado del imputado, pues quedan amparadas por el secreto profesional y el derecho de defensa. Su interceptación sólo sería admisible si concurrieran sospechas fundadas de su participación en el hecho delictivo²⁴⁶. En este caso la ley debe precisar con detalle cómo, en qué condiciones y quién debe realizar la selección entre lo que queda amparado por el secreto profesional y lo que se refiere a una actividad que no es la de abogado²⁴⁷. La STSE de 24 octubre 2001 admite que en circunstancias excepcionales pueda acordarse la intervención telefónica de aparatos instalados en despachos profesionales de abogados, pero limita la posibilidad de investigación a supuestos de incuestionable gravedad y a aquellos casos en que exista una constancia, suficientemente contrastada, de que el abogado ha posido desbordar sus obligaciones y responsabilidades profesionales integrándose en la actividad delictiva, como uno de sus elementos componentes.

IV.11.4 Resolución judicial motivada: contenido

Como toda resolución jurisdiccional limitativa o restrictiva de derechos fundamentales debe cumplir con la exigencia constitucional de motivación. Expresamente el precepto analizado (art. 192 CPP) exige que en la misma se indique:

- a. Todos los elementos de identificación de los medios a interceptar.
- b. El hecho que motiva la medida.

La interceptación de las telecomunicaciones privadas no puede acordarse para investigar actividades delictivas genéricas, ni para descubrir de manera general e indiscriminada actos delictivos. El principio de especialidad que debe presidir la adopción de dicha medida exige que se precise el hecho o hechos concretos objeto de investigación²⁴⁸.

Además de estos extremos, la resolución judicial deberá indicar el objeto de la intervención, la persona respecto de la cual se acuerda dicha intervención, los indicios que conectan a esta persona con el delito objeto de investigación y, en su caso, el teléfono que se interviene, si afecta a las comunicaciones que reciba o a las que se realice, así como la duración de la medida²⁴⁹.

246 En algunos Códigos Procesales Penales se exige, como requisito adicional, que se informe al Decano del Colegio de Abogados: art. 100-7 CPP francés.

247 STEDH caso KOPP contra Suiza, de 25 marzo 1998, en donde censura que esta tarea de selección se encomiende a un funcionario del servicio jurídico de la Compañía Telefónica, sin control por un magistrado independiente.

248 Como nos dice RODRÍGUEZ LAINZ, J. L., La intervención de las comunicaciones telefónicas, Edit. Bosch, Barcelona, 2002, pág. 127, no se trata, desde luego, de hacer una perfecta determinación del delito y de todas las circunstancias adyacentes al mismo, pues en ocasiones los perfiles de la infracción criminal investigada estarán difuminados ante el carácter discreto de la investigación y su estado embrionario, por lo que más que de delitos concretos hemos de hablar en términos de hechos aparentemente punibles, que dentro de los límites propios de la congruencia y la lógica, podrán ir perfilándose a lo largo de la investigación.

249 La STCE 49/1996, de 26 marzo, exige, en su f. 2º, que "la resolución judicial determine el objeto de la intervención: número o números de teléfono y personas cuyas conversaciones han de ser intervenidas, que en principio deberán serlo las personas sobre las que recaigan los indicios referidos, el tiempo de duración de la intervención, quiénes hayan de llevarlas a cabo y cómo, y los períodos en que haya de darse cuenta al Juez para controlar su ejecución". Vid., también, SSTCE 299/2000, de 11 diciembre; 14/2001, de 29 enero; 202/2001, de 15 octubre; 167/2002, de 18 septiembre; 205/2002, de 11 noviembre. En el Derecho alemán el parágrafo 100b (2) StPO exige que en la resolución judicial se haga constar el nombre y domicilio del afectado contra el que se dirige, el modo, alcance y duración de la medida. En Francia el art. 100-1 CPP exige que la decisión judicial comprenda todos los elementos de identificación de la comunicación que se intercepte, la infracción que motive el recurso a la interceptación así como la duración de ésta.

La proporcionalidad impide que la interceptación de las telecomunicaciones pueda acordarse para investigar cualquier tipo de hechos delictivos. Es necesaria una determinada gravedad del hecho delictivo²⁵⁰. Como manifestación de este principio el nuevo texto procesal penal sólo autoriza dicha medida de investigación respecto de hechos punibles cuya sanción máxima prevista supere los diez años de privación de libertad así como en los casos que se tramitan conforme al Procedimiento especial para asuntos complejos (art. 192 CPP)²⁵¹. Este último procedimiento está previsto para los supuestos en que la complejidad viene determinada por la pluralidad de hechos o el elevado número de imputados o víctimas, o para casos de delincuencia organizada (art. 369 CPP).

En la motivación el juez deberá exteriorizar la concurrencia de los presupuestos que justifican la adopción de la medida desde la óptica de su proporcionalidad, únicamente forma que permitirá su ulterior control por las propias partes y el órgano judicial superior.

IV.11.5 Los hallazgos casuales: su utilización probatoria

Como tales entendemos aquellos conocimientos adquiridos mediante una intervención de telecomunicaciones legítimamente ordenada y ejecutada que no se corresponden con el fin inmediato de la investigación para la que se autoriza dicha medida y/o afectan o provienen de personas frente a las cuales no se había ordenado dicha intervención. Los hallazgos casuales plantean el problema de su utilización probatoria, pues inicialmente la medida judicial de interceptación acordada no se refería a los mismos.

CASO: Sobre hallazgos casuales y su eficacia probatoria.

Objetivo formativo concreto: Identificar los supuestos de hallazgos casuales y determinar las condiciones de validez para su utilización en el proceso.

Descripción del supuesto fáctico planteado: A raíz de las investigaciones policiales realizadas en relación a un posible delito de tráfico de drogas, se solicitó y obtuvo autorización judicial para intervenir el número de teléfono utilizado por el imputado L. B. M. Durante la intervención se tuvo conocimiento de la posible existencia de un delito de cohecho en el que aparecía implicada una tercera persona, M. S. D. Finalizado el período concedido se solicitó una prórroga de la intervención telefónica argumentando la necesidad del mantenimiento de la medida a los fines de

250 STCE 49/1996, de 26 marzo, f. 2º. Gravedad que puede venir determinada por la pena legalmente prevista, o por los bienes jurídicos protegidos o por la relevancia social del delito: STCE 299/2000, de 11 diciembre, en un supuesto de contrabando de tabaco realizado a través de una organización delictiva; 167/2002, de 18 septiembre.

251 En Francia se prevé para delitos castigados con una pena igual o superior a 2 años de prisión (art. 100 CPP). En el Derecho alemán se optó por el criterio de fijar un catálogo de delitos respecto de los cuales se autorizaba la adopción de la medida de interceptación de las telecomunicaciones (párrafo 100a StPO). Entre los delitos enumerados se incluyen los delitos de traición a la paz, contra la defensa nacional, contra el orden público, falsificación de moneda, asesinato, homicidio y genocidio, delitos contra la libertad personal, tráfico de drogas... En Italia el art. 266 CPP utiliza un doble criterio: por un lado, el de la gravedad penológica de los hechos delictivos (delitos castigados con penas superiores a 5 años) y, por otro, el de su naturaleza (delitos de tráfico de drogas, de tenencia ilícita de armas o explosivos, de contrabando...). Por su parte, el art. 266 bis autoriza la interceptación de las comunicaciones informáticas y telemáticas en los mismos supuestos delictivos.

la investigación del delito de tráfico de drogas, aunque sin poner en conocimiento del juez el descubrimiento del nuevo hecho delictivo y la posible implicación en el mismo de terceras personas.

¿Las informaciones obtenidas relacionadas con este nuevo delito de cohecho pueden ser utilizadas probatoriamente?²⁵²

La jurisprudencia alemana del BGH (Tribunal Supremo Federal alemán) ha optado para resolver dicha cuestión por un criterio amplio, admitiendo la utilización de los conocimientos obtenidos casualmente, ya se refieran al propio imputado, o a un coautor, cómplice o encubridor; ya a terceros –tanto sujetos pasivos de la medida como terceros no afectados–, cuando quepa predicar una conexión de cierto grado entre el hecho descubierto de manera fortuita y algún hecho delictivo de los catalogados en el parágrafo 100a StPO. Se exige, pues, una conexión –objetiva o subjetiva–, entre el hecho delictivo directamente investigado y el delito descubierto casualmente, bien sea imputable al mismo sujeto pasivo de la medida, bien a terceros no imputados inicialmente²⁵³. Existiendo esta conexión, no es necesario, según la posición jurisprudencial, que el nuevo hecho delictivo descubierto sea uno de los catalogados en el parágrafo 100a StPO.

En la doctrina española se han propuesto diferentes soluciones²⁵⁴. Aplicando el criterio de conexión, algunos autores sostienen que no sería utilizable probatoriamente un descubrimiento casual cuando se trate de un hecho delictivo totalmente independiente del investigado en el proceso en que se ordenó la medida o cuando se refiera a un tercero no sujeto pasivo de la misma²⁵⁵. Para otros autores debe excluirse siempre la utilización de los conocimientos adquiridos que evidencian la posible comisión de un hecho delictivo distinto por parte de un tercero distinto del sujeto pasivo imputado²⁵⁶. Con un criterio amplio, GONZÁLEZ-CUÉLLAR defiende la utilización de los resultados hallados siempre que la gravedad de los hechos descubiertos pudiera haber justificado la adopción de la medida, incluso en aquellos supuestos en los que las informaciones incriminen a personas distintas de las inicialmente investigadas²⁵⁷.

El TCE viene exigiendo que si durante una intervención telefónica autorizada para la investigación de un delito determinado se tiene conocimiento de un hecho delictivo distinto, este descubrimiento inesperado debe ponerse inmediatamente en conocimiento de la autoridad judicial que autorizó la intervención inicial para que valore si procede la ampliación de la intervención para la investigación de este nuevo hecho delictivo²⁵⁸. La Fiscalía General del Estado (FGE) en su Circular núm. 1/1999,

252 El presente caso está basado en la STCE 49/1996, de 26 marzo.

253 LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, T., Las intervenciones..., cit., p. 69.

254 Téngase en cuenta que en España no existe un catálogo de delitos respecto de los cuales pueda acordarse la medida de interceptación de telecomunicaciones.

255 LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, T., Las intervenciones..., cit., p. 72. Fuera de estos casos los hallazgos causales podrán, no obstante, ser utilizados como noticia criminis, dando lugar a la incoación de otra investigación penal y si concurren los presupuestos constitucionales autorizar la práctica de nuevas intervenciones telefónicas (págs. 92-93). ASENICIO MELLADO, J. M^a, Prueba prohibida..., cit., p. 115, opta, también, por este criterio de conexidad, admitiendo que sean susceptibles de aprovechamiento aquellas informaciones obtenidas por medio de la interceptación que vinieran referidas a delitos conexos en cualquiera de las modalidades previstas en el art. 17 LECrim.

256 LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., Las escuchas..., cit., p. 201.

257 GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., Proporcionalidad..., cit., p. 159.

258 La STCE 49/1996, de 26 marzo, analizó un supuesto en que la inicial autorización judicial se había concedido para la

de 29 de diciembre, sobre la intervención de las comunicaciones telefónicas en el seno de los procesos penales, tras hacerse eco de esta doctrina constitucional, distingue los supuestos en que existe conexidad entre ambos delitos (el inicialmente investigado y el descubierto con posterioridad) o, por el contrario, se trate de un delito totalmente autónomo e independiente del anterior. En el primer caso, debería darse una orden judicial ampliatoria del ámbito de la escucha telefónica y proseguir la investigación en la misma causa; por el contrario, en el segundo supuesto, el Juez deberá, tras volver a examinar las cuestiones de proporcionalidad dictar una expresa autorización judicial que permita la continuación de la escucha e incoar el oportuno procedimiento, tras deducir el correspondiente testimonio, en la que se prosiga una investigación diferente de la que ha sido el mero punto de arranque.

Proponemos la solución siguiente en la legislación dominicana, que viene condicionada por la fijación de límites a las medidas de interceptación de telecomunicaciones, en función de la gravedad de la pena o la naturaleza del delito:

- a. Serían utilizables probatoriamente: 1º los resultados de la investigación cuando se refieran a otros hechos delictivos distintos y autónomos, bien respecto del imputado o incluso de terceros, siempre que se encuentren dentro de los límites punitivos previstos en el art. 192 CPP o se trate de delitos que deban tramitarse por el Procedimiento especial para asuntos complejos; y 2º los resultados de la investigación cuando se refieran a hechos conexos con el inicialmente investigado, aun cuando no se ajusten a los límites punitivos del art. 192 CPP.
- b. No serían utilizables aquellos resultados referidos a hechos delictivos distintos que no cumplan con los límites punitivos previstos en el precepto legal y que no guarden ninguna conexión con el hecho delictivo que fundamentó la inicial medida de interceptación de telecomunicaciones. En estos casos, el descubrimiento casual solo tendría la consideración de mera notitia criminis para fundamentar el inicio de una investigación penal distinta.

IV.11.6 Duración de la medida: límites temporales

El CPRRD no fija un plazo máximo de duración de la medida, aunque sí que establece que dicha medida deberá renovarse cada 30 días (art. 192 CPP)²⁵⁹. Para algunos autores, la indeterminación

investigación de un delito de tráfico de drogas y durante su realización se descubrió la posible existencia de un delito de cohecho por parte de terceras personas. El TCE estimó el amparo pues este descubrimiento se había ocultado a la autoridad judicial por lo que no hubo un efectivo control judicial de la medida de intervención telefónica. También STC 41/1998 de 4 febrero (Caso Juan Guerra). Por su parte, la STCE 166/1999, de 27 septiembre, afirma que "en el supuesto de que se produzca una divergencia entre el delito objeto de investigación y el que de hecho se investiga, debe adoptarse la resolución que proceda, puesto que en otro caso..., las intervenciones constituirían una injerencia de la autoridad pública en el ejercicio del derecho del afectado al respeto de su correspondencia y de su vida privada". Esta dación de cuenta inmediata a la autoridad judicial ya había sido exigida en el ATSE de 18 junio 1992, dictado en el conocido caso Naseiro., en donde se declaró incorrecto el mantenimiento de la intervención telefónica, con vulneración del derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones, por no haberse dictado una nueva y expresa autorización judicial, ya que el Juez, al producirse los hallazgos casuales debería haber hecho una valoración individualizada en torno a la proporcionalidad de la medida. Vid., también, SSTSE de 12 diciembre 2000, 21 julio 2000.

259 En el derecho alemán se fija un plazo máximo de 3 meses, aunque se admite una única prórroga por tres meses más siempre que se mantengan las condiciones fijadas en el parágrafo 100a StPO (parágrafo 100b StPO). En Francia se prevé una duración de cuatro meses, admitiéndose su prórroga con las mismas condiciones de forma y duración (art. 100-2 CPP).

del límite máximo de duración de la medida resulta injustificable y resulta contrario a las exigencias del principio de proporcionalidad²⁶⁰. No obstante, hay que tener en cuenta que en la legislación dominicana la duración máxima de dicha medida vendrá determinada, siquiera sea indirectamente, por la fijación de plazos máximos de duración de la fase de investigación²⁶¹.

Por otro lado, todo límite temporal está en función de la finalidad de la medida. Por tanto, si la misma ha cumplido su fin o no se mantienen sus presupuestos, aunque no se haya agotado el plazo temporal fijado, deberá dejarse sin efecto la medida de interceptación de las telecomunicaciones.

La renovación de la medida deberá estar sometida, también, a autorización judicial. El juez, en la resolución acordando la prórroga de la medida, deberá expresar los motivos concretos que justifican la extensión del plazo inicialmente fijado. El art. 267.3 CPP italiano exige expresamente que las prórrogas sean autorizadas por resolución judicial motivada (decreto motivato), siempre que permanezcan los presupuestos para la validez de la primera autorización de la medida. El juez no puede ni debe conceder prórrogas de forma indiscriminada y con un carácter automático. Tampoco resulta suficiente una simple remisión expresa o tácita a la fundamentación expresada en la resolución judicial inicial acordando la intervención, sino que debe precisar con claridad los motivos concretos que justifican el mantenimiento de dicha medida. Como declara la STCE 181/1995, fj. 6º, la justificación exigida para limitar el derecho al secreto de las comunicaciones ha de ser observada también "en todas aquellas resoluciones en las que se acuerde la continuación o modificación de la limitación del ejercicio del derecho, expresándose en todo momento las razones que llevan al órgano judicial a estimar procedente lo acordado, ya que "la motivación ha de atender a las circunstancias concretas concurrentes en cada momento que legitiman la restricción del derecho, aun cuando sólo sea para poner de manifiesto la persistencia de las mismas razones que, en su día, determinaron la decisión, pues sólo así pueden ser conocidas y supervisadas".

Por su parte, la STCE 49/1999, de 5 abril, añade, en el fj. 11, que "sin que sea suficiente una remisión tácita o presunta integración de la motivación de la prórroga por aquella que se ofreció al momento inicial. La necesidad de control judicial de la limitación del derecho fundamental exige aquí, cuando menos, que el Juez conozca los resultados de la intervención acordada para, a su vista, ratificar o alzar el medio de investigación utilizado"²⁶². No es suficiente con la referencia genérica a que se están realizando activas diligencias policiales encaminadas a la averiguación de los hechos, sino que deberá hacerse referencia expresa a los resultados obtenidos con la ejecución de la medida acordada judicialmente. Como vemos, para acordar dicha prórroga será necesario que el juez conozca el resultado y contenido de las grabaciones efectuadas hasta ese momento, única forma de comprobar el mantenimiento o no de los presupuestos que justificaron la adopción de la medida de interceptación.

260 LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, T., *Las intervenciones...*, cit., p. 76.

261 Vid. arts. 150 y 370 CPP.

262 Vid., también, STCE 202/2001, de 15 octubre.

IV.11.7 Procedimiento de ejecución y adquisición de sus resultados

Son varias las normas que se contienen en el art. 192 CPP relativas al procedimiento de ejecución de la medida de interceptación de las telecomunicaciones privadas con la finalidad de su incorporación al proceso como elemento probatorio.

Aunque nada se dice en el referido precepto, la eficacia de la medida exigirá en todo caso, el secreto de las actuaciones, por lo que será de aplicación lo previsto en el 291 CPP²⁶³. La medida no deberá notificarse al imputado mientras se mantenga la intervención de sus telecomunicaciones. Una vez la medida ha sido dejada sin efecto deberá notificarse la resolución o resoluciones judiciales al imputado con la finalidad de que pueda controlar su constitucionalidad.

IV.11.7.1 Transcripción de las comunicaciones

La transcripción de las comunicaciones se realizará mediante acta detallada. En ella se hará constar aquellas comunicaciones que sean útiles y relevantes para la investigación, debiéndose excluir aquellas comunicaciones de carácter personal o familiar que no tengan relevancia para la investigación penal. En todo caso, debería tratarse de una transcripción íntegra del contenido de las conversaciones y no de un simple resumen de las mismas.

En nuestra opinión la determinación de la utilidad y relevancia de las comunicaciones grabadas debería hacer bajo control directo de la autoridad judicial²⁶⁴, con participación de las partes personadas²⁶⁵, siempre que ello no ponga en peligro la finalidad de la investigación²⁶⁶.

En relación a quien o quienes deben efectuar dicha transcripción, el precepto se limita a indicar que será el “funcionario encargado” (art. 192 CPP). Creemos que debe ser un funcionario del ministerio público y, en su caso, un funcionario policial que actúe por delegación del primero. Así el art. 267.4 CPP italiano sólo permite que la ejecución se lleve a efecto por el Ministerio Público, personalmente o delegando en oficiales de la Policía Judicial, y, según el art. 268.3 CPP, únicamente mediante aparatos instalados en la Procuraduría de la República o, excepcionalmente cuando tales instalaciones resulten insuficientes o no idóneas, lo que ha de disponer el fiscal en una resolución motivada, se permite la instalación de los aparatos técnicos en la compañía pública o en las dependencias de la Policía Judicial.

263 Dicho precepto establece que “si contra el imputado no se ha solicitado una medida de coerción ni la realización de un anticipo de prueba, el ministerio público dispone el secreto total o parcial de las actuaciones, siempre que sea indispensable para el éxito de un acto concreto de investigación”.

264 En España, el TCE exige la intervención judicial para garantizar que sólo lo útil para la investigación del delito acceda a las actuaciones: STCE 49/1999, de 5 abril.

265 En Italia el art. 268.7 CPP establece que el juez debe disponer la transcripción completa de las grabaciones, y es el propio juez el que dispone la incorporación de las conversaciones que no sean manifiestamente irrelevantes (art. 268.6 CPP). Se reconocen a las partes amplios poderes para controlar su autenticidad, participando en la selección de las conversaciones relevantes (art. 267.6 y 8 CPP).

266 El art. 268.6 CPP italiano establece que ha de darse inmediato aviso a los defensores de las partes de la existencia de la medida para que puedan examinar los actos y escuchar las grabaciones desde que concluya su ejecución –por un plazo de 5 días (art. 268.4 CPP) o, en su caso, si puede peligrar la investigación, antes de la terminación de las indagaciones preliminares (art. 268.5 CPP). Por su parte, el parágrafo 101 (1) StPO alemana dispone que habrá de informarse de la medida a los sujetos pasivos desde que ello sea posible sin poner en peligro los fines de la investigación.

IV.11.7.2 Custodia

Ninguna previsión se contiene en el art. 192 CPP acerca de la custodia de las grabaciones. En Francia, el art. 100-4 CPP prevé que las grabaciones se guarden bajo precintos cerrados, con la finalidad de evitar cualquier manipulación o alteración de su contenido. Nada impide que esta previsión pueda aplicarse al proceso penal dominicano. Durante la fase de investigación el ministerio público sería el encargado de la custodia de las grabaciones originales²⁶⁷, sin perjuicio de que una vez finalizada dicha fase y formalizada la acusación se coloquen a disposición judicial para su eventual utilización como prueba en el acto del juicio oral²⁶⁸.

IV.11.7.3 Eficacia probatoria

El precepto que analizamos prevé que la introducción en el acto del juicio oral de las grabaciones obtenidas con la práctica de la medida de interceptación pueda realizarse por dos vías: por la reproducción de la grabación en el juicio oral (documento fonográfico), o por la lectura de la transcripción, que como hemos visto, constará en un acta detallada, sin perjuicio de que las partes puedan solicitar su reproducción íntegra.

En nuestra opinión, la regla general debería ser la reproducción de aquellos extremos de la grabación que las partes estimaran relevantes. Las grabaciones deberían estar siempre a disposición judicial, sin perjuicio de que las partes pudieran complementarlas, y en algunos sustituirlas, con las transcripciones realizadas. No hay que olvidar que el objeto directo de prueba lo constituyen las grabaciones y no las transcripciones que deberían tener un puro valor complementario y de facilitación de la prueba en el acto del juicio oral²⁶⁹.

La utilización probatoria de los resultados obtenidos con la medida de interceptación de las telecomunicaciones privadas presupone el cumplimiento de los presupuestos constitucionales derivados del respeto al principio de proporcionalidad. Su incumplimiento determina la inutilizabilidad de tales resultados por tratarse de un supuesto de prueba ilícita²⁷⁰.

267 Al igual, por ejemplo, que los supuestos de anticipo de prueba (art. 287 CPP), y en cumplimiento de su función de preservación de los elementos de prueba (art. 289 CPP). En Italia la custodia corresponde, también, al ministerio público (art. 269.I CPP).

268 Vid. art. 298 CPP.

269 En este sentido se pronuncia LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, T., *Las intervenciones...*, cit., p. 111.

270 Vid., más ampliamente, MIRANDA ESTRAMPES, M., *El concepto de prueba ilícita...*, cit., pp. 66 y ss. El art. 271.I CPP italiano dispone que los resultados de las interceptaciones de las comunicaciones practicadas fuera de los casos previstos en la ley o sin cumplir con las disposiciones previstas en el mismo Código no podrán ser utilizados.

IV.11.7.4 Destrucción

Se prevé la destrucción de los registros y las transcripciones a la expiración del plazo de prescripción de la acción pública²⁷¹. Aunque no se prevea expresamente de la actuación de destrucción se levantará la oportuna acta.

Obviamente aquellas conversaciones grabadas que no tengan relación con el hecho investigado deberán ser destruidas de forma inmediata, sin necesidad de esperar al transcurso del plazo de prescripción, pues las mismas no podrán ser incorporadas al proceso como elemento de prueba.

Estimamos que toda operación de destrucción debería estar supervisada judicialmente²⁷².

271 Idéntica previsión se contiene en el art. 100-6 CPP francés.

272 Así se dispone en el art. 269 CPP italiano.

Unidad V

Medidas de Coerción

Autor

Dr. Manuel Miranda Estrampes

Contenido

• Las Medidas de Coerción • Las Medidas de Coerción Personal Personales • La Citación para Comparecer • El Arresto • La Prisión Preventiva



V.1 Introducción

De entre todas las medidas de coerción la prisión provisional exige de una atención especial. El análisis de la institución de la prisión preventiva ocupa una posición fundamental en el estudio de todo ordenamiento jurídico procesal penal, lo que viene determinado por su evidente carácter *problemático*. ANDRÉS IBÁÑEZ la califica de *problema* por antonomasia del proceso penal, especialmente en aquellos países que se han dotado de una disciplina constitucional que gira formalmente en torno al principio de la presunción de inocencia¹. Se ha dicho que el número de presos preventivos actúa como termómetro del nivel democrático de un país y concretamente de su proceso penal. Cuanto mayor sea el número de presos preventivos en comparación con los sentenciados, menor será el nivel democrático de ese Estado. Un inadecuado y sistemático recurso a la prisión preventiva pone en evidencia la negación democrática y constitucional de una sociedad. La prisión preventiva debe tener un carácter verdaderamente excepcional, por exigencias de la propia presunción de inocencia, configurada como un derecho fundamental, y por imperativo de lo dispuesto en los textos internacionales de derechos humanos. Entre ellos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) de 1966 proclama en su art. 9.3 que “la prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general”.

La generalización de la prisión preventiva es uno de los principales problemas que debe solucionar el nuevo Código Procesal Penal de la República Dominicana y es un problema común al resto de los países latinoamericanos². En la Exposición de Motivos del nuevo texto procesal penal preparada por Félix Damián Olivares Grullón y Ramón Emilio Núñez Núñez se afirma que “Latinoamérica y los sistemas de administración de justicia penales están enfermos de prisión preventiva, lo cual no sólo distorsiona, sino que deslegitima la forma como se ejerce el poder jurídico de castigar en nuestras sociedades”. Los datos que se recogen en la referida exposición de motivos son alarmantes y demuestran un uso directamente defensista de la prisión provisional impuesta en función de la peligrosidad del sujeto. Entre un 77% a un 87% de los internos en las cárceles dominicanas son presos sin condena o preventivos³, lo que demuestra la ineficiencia del sistema penal dominicano y su carácter poco garantista. En el apartado dedicado a las medidas de coerción los referidos autores denuncian la práctica que se seguía bajo la vigencia del antiguo Código de Procedimiento Criminal: “La prisión preventiva y provisional, lejos de ser considerada una medida de coerción extrema de naturaleza excepcional, es, en el sistema del antiguo Código de Procedimiento Criminal, aplicada como un acto de instrucción mediante el cual se “regulariza” el arresto operado por la policía o el ministerio público. De hecho, los jueces de instrucción “trancan” para investigar de manera administrativa a la generalidad de las personas que les son remitidas como imputadas o sospechosas de hechos criminales. Por lo regular se descarta la posibilidad de aplicar otras medidas cautelares menos gravosas o en todo caso, reconocer el derecho de todo imputado de esperar el juicio en libertad”. Se alude incluso, a la existencia de

- 1 ANDRÉS IBÁÑEZ, P., “Presunción de inocencia y prisión sin condena”, en Detención y prisión provisional, Cuadernos de Derecho Judicial, núm. XVIII, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996, p. 17.
- 2 La ComIDH afirma en su Informe nº 2/1997, de 11 de marzo, apartado 8, que “la prisión preventiva constituye un problema serio en varios de los países miembros de la Organización de los Estados Americanos”.
- 3 En el Informe de la ComIDH sobre la Situación de los Derechos Humanos en la República Dominicana de 1999 se cuantifica el número de presos preventivos en un 85% de la población carcelaria, apartado 216. En el Informe de Seguimiento de las Recomendaciones de la ComIDH sobre la Situación de los Derechos Humanos en la República Dominicana del año 2001 se cifra el número de presos preventivos en un 71%.

un verdadero *síndrome de la prisión preventiva*. Estos porcentajes de presos sin condena evidencia que el principio de inocencia que debería imperar durante la tramitación del proceso penal es sustituido en la práctica por el principio de presunción de culpabilidad: “ante la duda, marche preso”⁴.

El nuevo Código Procesal Penal se ha propuesto como objetivo acabar con este síndrome, esto es, con la actual situación de generalización de la prisión preventiva, como se reconoce en la mencionada Exposición de Motivos. El nuevo texto parte del establecimiento del principio fundamental de reconocer la libertad como la regla, derivado precisamente del principio de presunción de inocencia, en línea con lo dispuesto en el art. 8.2 de la carta constitucional dominicana. Se reconoce el estatuto de libertad del imputado, de tal forma que el conjunto de normas que regulan la libertad individual deberán interpretarse siempre de la forma más favorable al imputado (principio del favor rei). El reconocimiento del derecho a la libertad personal impone esta interpretación restrictiva y favorable. Debe acabarse con esa arraigada práctica consistente en un mal uso de las medidas de coerción indicativa de un fenómeno de desprecio por la libertad⁵.

La excepcionalidad de la prisión preventiva se complementa con la previsión normativa y la regulación de un cuadro de medidas alternativas a la prisión preventiva. Como leemos en la referida exposición de Motivos, “se establecerá una serie de medidas alternativas a la prisión preventiva a los fines de disminuir los índices de presos sin condena en las cárceles y asegurando a la vez la presencia del imputado en el juicio (arrestos domiciliarios, medidas de control judicial, prohibición de salir del país, caución personal y otras). Se ofrece a los jueces un amplio abanico de medidas de coerción personales que le permita ajustar su elección a las concretas circunstancias concurrentes. El diseño de un catálogo de medidas alternativas a la prisión provisional contribuye a resaltar el carácter excepcional de esta última. Los jueces no deberán acudir necesariamente a la prisión provisional como única medida de coerción legalmente prevista para conjurar el riesgo de fuga.

El contenido del presente módulo se complementa con el estudio del arresto y sus diferentes modalidades, así como con la exposición del procedimiento de hábeas corpus regulado en el nuevo texto procesal penal. Por último, también son objeto de análisis las medidas de coerción reales cuya finalidad es garantizar las eventuales responsabilidades pecuniarias derivadas de la comisión del hecho delictivo.

V.2 Las medidas de coerción

V.2.1 Concepto

Siguiendo a ILLESCAS RUS podemos definir las medidas cautelares penales como los actos

4 Un análisis comparativo de la situación existente en los diferentes países de América Latina y el Caribe con aportación de datos estadísticos, aunque solo hasta el año 1995, puede verse en CARRANZA, E., “Estado actual de la prisión preventiva en América latina y comparación con los países de Europa”, Jueces para la Democracia, n° 26, julio 1996, pp. 81 y ss.

5 RODRÍGUEZ HURTADO, M. P., “El distorsionado reflejo de la realidad penal. La crisis del sistema de justicia penal y las medidas coercitivas”, *Revista Bibliotecal*, Edición Bicentenario 1804-2004, pp. 138-139.

procesales de coerción directa que, recayendo sobre las personas o los bienes, se ordenan a posibilitar la efectividad de la sentencia que ulteriormente haya de recaer⁶.

De forma más detallada CUÉLLAR CRUZ las define como aquellas que pueden adoptarse motivadamente por el órgano jurisdiccional, u otra autoridad competente en casos excepcionales, contra un presunto responsable de un hecho delictivo al estimarse dos aspectos esenciales: por una parte, la existencia de una imputación basada en la constatación objetiva de un hecho típico y en la probabilidad razonable de quien sea su autor; y, por otra, en la fundada posibilidad de ocultación personal o patrimonial del imputado en el curso del procedimiento penal. Teniendo como finalidad única y legítima, el garantizar los efectos penales y civiles de una futura sentencia condenatoria⁷.

De esta definición se infieren las dos notas características de toda medida de coerción: su *instrumentalidad* y su *provisionalidad*. A estas notas nos referimos más adelante. También los presupuestos que necesariamente deben concurrir para adoptar tales medidas.

V.2.2 Clases: personales y reales

Podemos distinguir dos grandes clases de medidas de coerción: personales y reales. Esta distinción es recogida en el nuevo texto procesal penal. La exposición de motivos del nuevo CPP se refiere a las primeras señalando que son medidas de coerción personales las que vienen a limitar la libertad de actividades o de movimiento del imputado (*libertad ambulatoria*). Su característica esencial es su afectación a la esfera de libertad personal del imputado. Por su parte, las reales vienen a conservar los bienes sobre los cuales se ejecutaría una eventual multa o indemnización o a establecer una garantía accesoria de que el imputado no se sustraerá al juicio. Estas últimas presentan un carácter patrimonial, pues implican una intromisión en el patrimonio del imputado con la finalidad de asegurar las eventuales responsabilidades pecuniarias derivadas del delito.

Como vemos las finalidades de ambas clases de medidas de coerción son distintas por lo que no existe ningún obstáculo en admitir su compatibilidad en el ámbito del proceso penal.

V.3 Las medidas de coerción personales

V.3.1 Naturaleza y características

El art. 15 CPP, bajo el epígrafe *Estatuto de libertad*, dispone que “toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. Las medidas de coerción, restrictivas de la libertad personal o de otros derechos, tienen carácter excepcional y su aplicación debe ser proporcional al peligro que trata de resguardar”.

6 ILLESCAS RUS, A.V., “Las medidas cautelares personales en el procedimiento penal”, Revista de Derecho Procesal, n° 1, 1995, p. 64.

7 CUÉLLAR CRUZ, R., “Las medidas cautelares en el nuevo proceso penal”, en AA.VV., *Las medidas cautelares*, Cuadernos de Estudios Judiciales “Rafael Alvarado Manzano”, Tegucigalpa, 2001, p. 5.

Del contenido de dicho precepto resulta que la libertad del imputado debe ser la regla general en el proceso penal dominicano, pues toda medida restrictiva de la libertad personal debe tener un carácter excepcional y además debe respetar el principio de proporcionalidad. Más adelante el art. 222 CPP insiste en esta excepcionalidad al disponer que “toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal. Las medidas de coerción tienen carácter excepcional y sólo pueden ser impuestas mediante resolución judicial motivada y escrita, por el tiempo absolutamente indispensable y a los fines de asegurar la presencia del imputado en el procedimiento”.

El contenido de estos preceptos entronca con la proclamación constitucional según la cual “se reconoce como finalidad principal del Estado la protección efectiva de los derechos de la persona humana y el mantenimiento de los medios que le permitan perfeccionarse progresivamente dentro de un orden de libertad individual y de justicia social, compatible con el orden público, el bienestar general y los derechos de todos” (art 8 CRD).

El respeto al derecho a la libertad inspira toda la regulación de las medidas de coerción personales. Ello impone que en principio todos tenemos derecho a no ser privados de libertad, salvo en aquellos supuestos específicamente previstos en la ley, y que deberán ser interpretados restrictivamente. Toda duda deberá interpretarse siempre a favor de la libertad: *in dubio, libertas*⁸. La privación de libertad del imputado no puede ser la regla general durante la tramitación y sustanciación del proceso penal. Esta práctica es contraria a los postulados constitucionales incorporados al nuevo texto procesal penal. **La excepcionalidad** es una característica esencial de las medidas de coerción personales, especialmente de aquellas que implican una limitación o restricción de la libertad del imputado⁹.

La finalidad de toda medida de coerción personal es asegurar el resultado del juicio y, por tanto, garantizar la eficacia del *ius puniendi*. A esta naturaleza cautelar se refiere el nuevo texto procesal penal: “a los fines de asegurar la presencia del imputado en el procedimiento” (art. 222 CPP). El peligro de fuga vuelve a aparecer en el art. 226, in fine, CPP cuando establece que “el juez puede prescindir de toda medida de coerción, cuando la promesa del imputado de someterse al procedimiento sea suficiente para descartar el peligro de fuga”. Este carácter cautelar condiciona las dos notas características de dichas medidas: su **instrumentalidad y provisionalidad**. Su carácter instrumental viene determinado por el hecho de que las medidas de coerción no pueden considerarse como un fin en sí mismas, sino que su finalidad es asegurar el normal desarrollo del proceso penal. Nacen además con una vocación de provisionalidad, pues deberán dejarse sin efecto cuando no sean necesarias para asegurar el cumplimiento de las finalidades del proceso penal.

Como consecuencia de estas características el mantenimiento de una medida de coerción está sometida a la *cláusula rebus sic stantibus*. La propia exposición de motivos del CPP se hace eco de esta cláusula al destacar el establecimiento de un régimen de revisión permanente de todas las medidas de coerción, de modo que puedan hacerse cesar, modificar o sustituirse por otra más o menos grave, según las circunstancias. El art. 222, párrafo segundo, CPP declara que “la resolución judicial que impone una medida de coerción o la rechaza es revocable o reformable en cualquier estado del procedimiento. En todo caso, el juez puede proceder de oficio cuando favorezca

8 RODRÍGUEZ RAMOS, L., *La detención*, Edit AKAL, Madrid, 1987, p. 13.

9 La STCE 13/1994, de 17 enero, nos dice que “el punto de partida es que dicha privación de libertad ha de regirse por el principio de excepcionalidad”.

la libertad del imputado”. Por su parte, el art. 238 CPP autoriza al juez, de oficio en beneficio del imputado o a solicitud de parte, en cualquier estado del procedimiento, a revisar, sustituir, modificar o hacer cesar las medidas de coerción por resolución motivada, cuando así lo determine la variación de las condiciones que en su momento las justificaron. Cuando el juez revise de oficio la medida de coerción no podrá imponer una medida más grave¹⁰, pues solo está autorizada dicha revisión de oficio “cuando favorezca la libertad del imputado” o “en beneficio del imputado”. Es una manifestación del principio de justicia rogada al que nos referiremos más adelante. El juez es erigido es verdadero garante del derecho a la libertad. En definitiva, la **variabilidad** es otra de las características esenciales de las medidas de coerción penales. La garantía de contradicción debe presidir el procedimiento de revisión de toda medida de coerción.

La provisionalidad no debe confundirse con la **temporalidad** de las medidas de coerción como principio inspirador de su regulación. La temporalidad hace referencia a que duración de la medida de coerción será siempre limitada, debiendo la ley fijar los plazos máximos de duración de cada medida de coerción. Aunque, como principio general, las medidas de coerción sólo durarán el tiempo que sea absolutamente indispensable (art. 222, párrafo primero, CPP). *Indispensabilidad* que vendrá determinada por la permanencia de los presupuestos que fundamentaron la adopción inicial de la medida. Desaparecidos tales presupuestos, aunque no haya transcurrido el plazo máximo legal, deberá dejarse sin efecto la medida de coerción adoptada.

El cómputo de los plazos en las medidas de coerción se realizará por días corridos, frente a la regla general de días hábiles (art. 143, párrafo tercero, CPP).

V.3.2 Principios informadores

En este apartado vamos a analizar aquellos principios generales que inspiran la regulación de las medidas de coerción personales contenida en el CPP.

V.3.2.1 Principio de legalidad

Dicho principio supone que toda medida limitativa de algún derecho fundamental deba estar prevista en la ley. La ley debe autorizar expresamente a la autoridad judicial adoptar tales medidas limitativas. En cuanto afectan al derecho a la libertad personal o ambulatoria¹¹ las medidas de coerción personales deben cumplir con las exigencias derivadas de dicho principio de legalidad. Además, cualquier supuesto habilitante de la privación de libertad previsto en la ley debe ser interpretado restrictivamente.

Los textos internacionales de derechos humanos exigen que cualquier limitación del derecho a la libertad solo sea admisible en aquellos casos expresamente previstos y con arreglo al procedimiento establecido en la ley. El art. 5.1 CEDH proclama que “toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, salvo en los casos siguientes y con arreglo al procedimiento establecido por la ley”. En idénticos términos el art. 7.2 CADH dispone que “nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones

¹⁰ Cfr. art. 228 CPPRD.

¹¹ En la doctrina DE HOYOS SANCHO, M., *La detención por delito*, pág. 21, define la libertad ambulatoria como la libertad para alejarse del lugar donde no se desea permanecer.

fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas"¹².

El art. 8.2 CEDH exige que toda injerencia de la autoridad pública en la esfera privada ha de estar "prevista por la ley". También, el art. 17.1 PIDCP prohíbe las injerencias arbitrarias o ilegales¹³, entendiéndose como tales aquellas que no están previstas en las normas legales.

Este principio de legalidad aparece plasmado, también, en la CRD cuyo art. 8.2.c) declara que "toda persona privada de su libertad sin causa o sin las formalidades legales, o fuera de los casos previstos por las leyes, será puesta inmediatamente en libertad a requerimiento suyo o de cualquier persona".

El principio de legalidad conlleva la prohibición de toda privación de libertad arbitraria, esto es, cualquier forma de arresto, detención o prisión que tenga lugar fuera de los supuestos y sin las finalidades previstas en la norma o sin la observancia del procedimiento previsto en la ley, o con vulneración de las garantías constitucionales o legales.

El contenido del principio de legalidad se concreta en las siguientes exigencias:

- a. Que los supuestos fácticos habilitantes de la privación o limitación de libertad estén previstos en la ley.
- b. Que en su adopción los poderes públicos respeten escrupulosamente los cauces y garantías establecidos en la ley para la adopción y mantenimiento de la medida.
- c. Que la ley sea formulada con la suficiente precisión para que un ciudadano pueda dirigir su conducta conforme a la misma (canon de previsibilidad de la ley)¹⁴.

El principio de legalidad no solo exige la precisa identificación de los supuestos fácticos que posibiliten la limitación del derecho a la libertad, sino que además, comporta que las autoridades y sus agentes sólo podrán acordar aquellas medidas limitativas expresamente previstas en la ley. Queda absolutamente prohibida la imposición de medidas de coerción personales que no estén previstas y reguladas en la ley. El principio de legalidad se opone a la existencia de medidas cautelares innominadas. El juez únicamente podrá imponer alguna de las medidas que están previstas expresamente en la ley (en el propio Código Procesal Penal o en otras leyes). La STCE 169/2001, de 16 julio, apreció una vulneración del derecho a la libertad personal del art. 17.1 CE en un supuesto en que el juez como medida cautelar alternativa a la prisión preventiva había acordado la prohibición de salida del territorio nacional sin autorización judicial y la consiguiente retirada del pasaporte ante la falta de cobertura legal de la medida en el ordenamiento procesal-penal español.

¹² Vid., también, el art. 9.1 PIDCP.

¹³ El art. 7.4 CADH señala que "nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios".

¹⁴ El TEDH establece que una norma es previsible cuando está redactada con la suficiente precisión que permite al individuo regular su conducta conforme a ella y predecir las consecuencias de la misma, de modo que la ley debe definir las modalidades y extensión del ejercicio del poder otorgado con la claridad suficiente para aportar al individuo una protección adecuada contra la arbitrariedad. Vid. STEDH caso SUNDAY TIMES contra Reino Unido, de 24 abril 1979, apartado 49; caso ROTARU contra Rumania, de 4 mayo 2000, apartados 52 y ss.

V.3.2.2 Jurisdiccionalidad

Las medidas de coerción personales sólo podrán ser adoptadas por el órgano jurisdiccional competente. En sede constitucional el art. 8.2.b declara que “nadie podrá ser reducido a prisión ni cohibido en su libertad sin orden motivada y escrita de funcionario judicial competente, salvo el caso de flagrante delito”. Esta naturaleza jurisdiccional resulta, también, del contenido de varios preceptos del texto procesal penal. El art. 226 CPP indica que es sólo “el juez” que el puede imponer al imputado alguna de las medidas de coerción que enumera el precepto. El art. 222 CPP exige que las medidas de coerción sólo puedan ser impuestas mediante “resolución judicial motivada”. Y, por último, el art. 231 CPP se ocupa del contenido que tiene que tener la resolución judicial que impone una medida de coerción.

La jurisdiccionalidad es una consecuencia de las repercusiones que la adopción de este tipo de medidas tienen en la esfera jurídico-fundamental de los ciudadanos (así, por ejemplo, las medidas cautelares personales que suponen una injerencia en el derecho a la libertad personal). Como regla general serán los jueces de la instrucción los competentes para su adopción (art. 73 CPP), aunque excepcionalmente podrán ser adoptadas por los jueces de paz en casos de urgencia cuando no pueda obtenerse la intervención inmediata del juez de la instrucción. El art. 75.5 CPP concede competencia a los jueces de paz para conocer “de las solicitudes de medidas de coerción, en los casos que no admitan demora y no sea posible lograr la intervención inmediata del juez de la instrucción, o que resulte conveniente para facilitar la participación de todos los intervinientes”.

Además, la imposición de las medidas de coerción está presidida por el principio de justicia rogada. El Juez no puede imponer de oficio una medida de coerción, sino que necesita previamente de la petición del ministerio público o del querellante (arts. 225, 226 y 228 CPP). La petición no vincula al órgano jurisdiccional que podrá desestimarla (art. 226 CPP), pero para el caso de estimación no podrá imponer otras medidas más graves que las solicitadas (art. 228, párrafo segundo, CPP). En este ámbito no puede actuarse con criterios automáticos. El juez debe tener la libertad suficiente para valorar las circunstancias concurrentes y sobre la base de las mismas tomar una decisión sobre la estimación o desestimación de la pretensión de las partes acusadoras. La prohibición de la actuación de oficio pretende garantizar la imparcialidad objetiva del órgano jurisdiccional. Si durante la tramitación de la causa la única parte acusadora o todas las partes acusadoras solicitasen la modificación de la medida de prisión preventiva o que se dejase sin efecto, la autoridad judicial estaría obligada a acordarlo.

CASO: Sobre el alcance del principio de justicia rogada en el ámbito de las medidas de coerción.

Objetivo Formativo: Determinar el alcance de la limitación prevista en el art. 228, párrafo segundo, CPP, según la cual el juez no puede imponer otras medidas de coerción más graves que las solicitadas.

Descripción del supuesto fáctico planteado:

A) Primer supuesto: el ministerio público, única parte acusadora constituida, solicita la imposición de la medida de presentación de una garantía económica suficiente que cuantifica en la cantidad de X. El juez accede a la imposición de la medida pero aumenta el quantum solicitado por estimarlo insuficiente. El imputado recurre alegando vulneración del art. 228 CPP.

¿Puede el juez fijar un quantum económico superior al solicitado por las partes acusadoras?

B) Segundo supuesto: el ministerio público, única parte acusadora constituida, solicita la imposición de la medida de presentación cada quince días ante el juez conforme a lo previsto en el art. 226.4 CPP. El juez accede a imponer la medida pero fija una presentación periódica semanal. El imputado recurre alegando vulneración del art. 228 CPP.

Puede el juez imponer una presentación periódica en condiciones distintas a las solicitadas por las partes acusadoras?

Excepcionalmente, razones de urgencia pueden autorizar la adopción de medidas de coerción por parte de las autoridades administrativas o incluso particulares, cuando sea necesario para garantizar su efectividad, tal como sucede con el arresto¹⁵. En todos estos casos, la adopción de la medida deberá estar sometido a un control judicial ex post que deberá realizarse en un breve plazo de tiempo.

V.3.2.3 Principio de proporcionalidad

En cuanto que las medidas cautelares o de coerción afectan al derecho a la libertad personal, implicando una limitación, restricción o sacrificio del mismo, su adopción y mantenimiento deben estar sometidos al principio de proporcionalidad. Principio que aunque no se reconozca expresamente en los textos constitucionales se puede deducir directamente de la propia interdicción de la arbitrariedad en la actuación de los poderes públicos y del principio del Estado de Derecho.

15 Vid. art. 224 CPPRD. Podríamos incluir, también, los supuestos de restricciones de circulación y ambulatorias que pueden acordar los funcionarios del ministerio público o la policía, en aquellos casos previstos en la ley, con el límite temporal de 6 horas (arts. 175 y 178 CPPRD).

La proporcionalidad exige:

- a. *La adecuación o idoneidad* de la medida, esto es, que la medida sea adecuada al fin u objetivo que con la misma se pretende lograr.

Con la adopción de la medida debe perseguirse, siempre, un fin constitucionalmente legítimo.

- b. *La necesidad de la medida*, esto es, que la limitación de un derecho fundamental se produzca en la medida estrictamente necesaria para la salvaguardia del superior interés común, de forma que no suponga un sacrificio excesivo e innecesario de aquel, es decir, que no exista otra medida de eficacia análoga pero menos lesiva para el derecho de que se trate.

La limitación al derecho a la libertad debe ser la alternativa menos gravosa o lesiva de entre todas las aptas para lograr el fin perseguido. En sede de prisión preventiva, como examinaremos más adelante, este requisito viene plasmado en el art. 234 CPP al establecer que “Además de las circunstancias generales exigibles para la imposición de las medidas de coerción, la prisión preventiva sólo es aplicable cuando no pueda evitarse razonablemente la fuga del imputado mediante la imposición de una o varias de aquellas que resulten menos gravosas para su persona”. Supone la plasmación normativa del principio de subsidiariedad.

- c. *La proporcionalidad en sentido estricto*, pues es preciso que el perjuicio vinculado a la medida se encuentre en una relación razonable o proporcionada con la finalidad de protección del bien o valor jurídico que en el caso concreto se contrapone al derecho a la libertad personal, es decir, con la importancia del interés general que se pretende salvaguardar.

Como manifestación de este principio de proporcionalidad, el art. 358 CPP prohíbe la adopción de medidas de coerción en el caso de simples contravenciones, con la excepción del arresto que en ningún caso podrá exceder de las doce horas. Toda privación de libertad producida como consecuencia de la adopción de una medida de coerción personal que no se ajuste a las exigencias del principio de proporcionalidad debe considerarse arbitraria.

V.3.2.4 Motivación de la resolución judicial

Como complemento de la garantía de jurisdiccionalidad antes analizada se exige que toda resolución judicial que imponga una medida de coerción esté motivada. Es necesario, por tanto, que la resolución judicial que adopte la medida de coerción limitativa del derecho a la libertad cumpla con los parámetros de motivación exigibles constitucionalmente.

La resolución judicial deberá dar cuenta no solo de las circunstancias fácticas y fundamentos jurídicos que sirven de soporte a la medida adoptada, sino que deberá exteriorizar el juicio de proporcionalidad que sustenta su imposición. Únicamente la exteriorización de ese juicio de proporcionalidad permite controlar si en el caso concreto concurren los presupuestos que justifican la adopción de la medida, permitiendo, además, al sujeto pasivo de la misma impugnar dicha resolución por los cauces legalmente establecidos.

V.3.3 Presupuestos

Dos son los presupuestos comunes a todas las medidas de coerción personales, que aparecen plasmados normativamente en el art. 227 CPP:

- a. *Fumus commisi delicti*: implica un juicio provisional de imputación, esto es, la fundada sospecha de participación del imputado en un determinado hecho punible o con apariencia delictiva. En el ámbito del proceso penal se traduce en la razonable atribución a una persona determinada de la comisión de un hecho punible. Exige la presencia de indicios, objetiva y racionalmente fundados, que permitan imputar los hechos presuntamente delictivos al sujeto pasivo de la medida. Es algo más que la existencia de simples conjeturas o probabilidades, pues supone la concurrencia de datos objetivos (*indicios*) que permitan sostener, a título de imputación provisional, que el imputado es responsable del hecho delictivo.

A este presupuesto se refiere el art. 227.1 CPP cuando condiciona la aplicación de las medidas de coerción a que “existen elementos de prueba suficientes para sostener, razonablemente, que el imputado es, con probabilidad, autor o cómplice de una infracción”. Infracción que debe ser imputable personalmente al destinatario de la medida de coerción como consecuencia del principio de personalidad de la persecución consagrado en el art. 17 CPP, según el cual “Nadie puede ser perseguido, investigado ni sometido a medidas de coerción sino por el hecho personal. La retención de personas ajenas a la comisión de un hecho punible, con miras a obtener su colaboración o la entrega del imputado, se sanciona de conformidad con las disposiciones de la ley penal”. Esta disposición trata de poner fin a la práctica policial consistente en proceder a la detención arbitraria de familiares de sospechosos para forzar que éstos se entreguen a las autoridades policiales. Práctica denunciada en el Informe de la ComIDH sobre la Situación de los Derechos Humanos en la República Dominicana de 1999.

El TEDH viene exigiendo la concurrencia de sospechas fundadas y razonables, para lo cual deben existir hechos o informaciones que persuadan a un observador objetivo de que el individuo en cuestión puede haber cometido el delito¹⁶.

- b. *Periculum in mora* que se concreta en el peligro de fuga o de sustracción del imputado a la acción de la justicia. El art. 227.2 CPP alude expresamente a este presupuesto: “Existe peligro de fuga basado en una presunción razonable, por apreciación de las circunstancias del caso particular, acerca de que el imputado podría no someterse al procedimiento”.

El peligro de fuga es una manifestación concreta del más amplio *periculum libertatis*, entendido este último como la posibilidad de que se frustren los fines del proceso penal a causa de la puesta en libertad del sospechoso¹⁷, esto es, los peligros que pueden derivar del hecho de que el imputado permanezca en libertad durante el tiempo que dure el proceso.

16 STEDH caso LABITA contra Italia, de 6 abril 2000; dicha sentencia analiza la cuestión de si las declaraciones de los “arrepentidos” pueden servir de fundamento al arresto de una persona, declarando, en su apartado 159, que “aunque las declaraciones de los “arrepentidos” pueden de forma válida apoyar, en un principio, la detención del interesado, perderán necesariamente su pertinencia con el transcurso del tiempo, particularmente si el progreso de las investigaciones no permite revelar ningún otro elemento de prueba posterior”. Se exige, pues, que las declaraciones de los “arrepentidos” sean corroboradas por otros elementos de prueba.

17 DE HOYOS SANCHO, M., La detención..., cit., p. 167.

La proporcionalidad de la medida exige que la privación de libertad sea imprescindible para que el presunto autor de los hechos delictivos comparezca ante el órgano jurisdiccional.

En Italia, el art. 274 CPP se refiere como presupuesto de las medidas cautelares a situaciones de "concreto e attuale pericolo", fundamentadas en circunstancias de hecho.

Para su apreciación el art. 229 CPP menciona las siguientes circunstancias que el juez deberá, especialmente, tener en cuenta:

1. Arraigo en el país, determinado por el domicilio, residencia habitual, asiento de la familia, de sus negocios o trabajo y facilidades para abandonar el país o permanecer oculto.

La falsedad o falta de información sobre el domicilio del imputado constituye presunción de fuga.

2. Gravedad de la pena. La pena imponible al imputado en caso de condena.
3. La importancia del daño que debe ser resarcido y la actitud que voluntariamente adopta el imputado ante el mismo.
4. El comportamiento del imputado durante el procedimiento o en otro anterior; en la medida que indique su voluntad de someterse o no a la persecución penal (por ejemplo, la existencia de anteriores declaraciones de rebeldía o la existencia de anteriores órdenes de arresto judicial por incomparecencia del imputado).

Se trata de criterios de carácter orientativo que el juez deberá valorar en cada caso para constatar la presencia o no de dicho peligro de fuga u ocultación. La enumeración contenida en dicho precepto no es limitativa (*numerus clausus*), y nada impide que puedan tenerse en cuenta otros factores relevantes. El propio precepto utiliza la expresión *especialmente*. Así, cabría mencionar los propios antecedentes penales del imputado como exponentes de una habitualidad en la comisión de hechos delictivos de la que podía deducirse la existencia de un peligro de fuga.

Tradicionalmente la gravedad del hecho ha sido considerada en muchas ocasiones como el único elemento a tener en cuenta para acordar una medida de coerción personal, especialmente la prisión preventiva. El contenido del art. 229 CPP nos advierte de que la constatación del riesgo de fuga exige no solo tener en cuenta la gravedad del hecho cometido y la pena que lleva aparejada, sino también las circunstancias personales, familiares, laborales y sociales del arrestado (su edad, su estado de salud...), o por ejemplo, el intento del imputado de fugarse u ocultarse después de la comisión del hecho o para evitar el arresto, pueden ser datos indicativos de su intención de eludir la acción de la Justicia; o identificarse con un nombre falso o con documentación falsa¹⁸.

18 La STEDH caso STÖGMULLER contra Austria, de 10 noviembre 1969, en su fj. 15, dice que "se debe observar a este respecto que la simple posibilidad o facilidad que tiene el acusado para pasar la frontera no implica peligro de fuga (a estos efectos hubiera sido suficiente, por otra parte, requerir a Stögmüller para que entregase su pasaporte); se requiere la concurrencia de unas circunstancias, especialmente la pena grave que se prevé, o la singular oposición del acusado a la detención, o la falta de arraigo sólido en el país, que permitan suponer que las consecuencias y riesgos de la fuga le parecerán un mal menor que la continuación del encarcelamiento". Vid., también, STEDH caso NEUMEISTER contra Austria, de 27 junio 1968; y STCE 128/1995, de 26 julio, fj. 4°.

Es en la prisión preventiva donde este presupuesto adquiere un mayor protagonismo. Así resulta de lo dispuesto en el art. 234 CPP, como veremos más adelante.

Se admite que la promesa del imputado de someterse al procedimiento pueda erigirse en garantía suficiente, a juicio del juez, para neutralizar y descartar el peligro de fuga, prescindiéndose entonces de toda medida de coerción (art. 226, último párrafo, CPP).

- c. Naturaleza de la infracción objeto de imputación: a tenor de lo dispuesto en el art. 227.3 CPP, debe tratarse de infracciones penales castigadas con pena privativa de libertad. El propio legislador presume, *iuris et de iure*, que no concurre peligro de fuga cuando el delito no lleva aparejada una pena privativa de libertad, por lo que excluye la posibilidad de adoptar una medida de coerción personal.

Es suficiente que estos presupuestos concurren o estén presentes en el momento de la adopción y durante el mantenimiento de la medida, sin que una ulterior desaparición de los motivos o el posterior archivo del procedimiento penal sin acusación o sin condena conviertan en ilícita la inicial privación de libertad¹⁹.

V.3.4 Procedimiento para su adopción

De la regulación legal contenida en el CPP es posible identificar una serie de principios comunes que inspiran el procedimiento previsto para la adopción de medidas de coerción personales.

V.3.4.1 Oralidad

Con carácter general el art. 230, párrafo último, CPP, prevé que con anterioridad a la imposición de una medida de coerción el juez convoque a una audiencia para oír a las partes. De dicha audiencia deberá levantarse la oportuna acta.

Durante la fase de investigación preliminar se establece que la celebración de la audiencia deberá realizarse en un plazo no mayor a 3 días hábiles desde la recepción del requerimiento presentado por el ministerio público. El requerimiento deberá tener el siguiente contenido:

- a. los datos personales del imputado,
- b. el relato del hecho y su calificación jurídica,
- c. los elementos de prueba que lo sustentan,
- d. el tipo de medida que se requiere y
- e. en su caso la solicitud del arresto (art. 284 CPP).

Se establece la obligatoriedad de la presencia en dicha audiencia del ministerio público, del imputado y su defensor. La incomparecencia del ministerio público, estimamos que injustificada

19 STEDH caso BROGAN y otros contra Reino Unido, de 29 noviembre 1988.

aunque nada diga el precepto legal, determina que el requerimiento se tenga por no presentado (art. 284 CPP).

La celebración de una audiencia está prevista, también, con carácter previo a resolver sobre el recurso interpuesto contra la resolución de imposición de la prisión preventiva o del arresto domiciliario (art. 414 CPP).

V.3.4.2 Contradicción

Como consecuencia de la oralidad el procedimiento está presidido por el principio de contradicción o audiencia de las partes. El juez con carácter previo a resolver sobre la medida de coerción solicitada deberá oír a las partes (art. 230, párrafo último, CPP). Las partes intervendrán en defensa de sus respectivas pretensiones. Como señala el art. 284 CPP “en la audiencia, el ministerio público expone los motivos de su requerimiento y se invita al imputado a declarar en su defensa”. También, el art. 226 CPP señala que “el juez, puede imponer al imputado, después de escuchar sus razones”. Cabe la posibilidad de que las partes puedan proponer pruebas que avalen sus respectivas peticiones y que se practicarán durante el acto de la audiencia (art. 230 CPP).

La contradicción, como garantía instrumental del derecho de defensa, rige siempre que se haya solicitado una medida de coerción. De ahí, que solicitada una medida de coerción se prohíba que el ministerio público pueda acordar durante el procedimiento preparatorio el secreto total o parcial de las actuaciones (art. 291 CPP).

V.3.4.3 Facilitación de la designación de defensa técnica

Con la finalidad de facilitar la asistencia letrada el legislador ha establecido que la designación de defensor por parte del imputado esté exenta de formalidades (art. 113 CPP).

Para el caso en que el imputado esté privado de libertad (por ejemplo, arrestado o en situación de prisión preventiva) se autoriza que cualquier persona de su confianza pueda proponer ante la autoridad competente la designación de un defensor. Dicha proposición podrá realizarse tanto por escrito como oralmente.

La proposición deberá ser comunicada inmediatamente al imputado (art. 113 CPP).

V.3.4.4 Recurribilidad de la decisión judicial

En la propia exposición de motivos se anuncia este principio general de recurribilidad de las decisiones judiciales²⁰ de imposición de una medida de coerción declarando que “cualquier medida que comporte una restricción de derechos o un atentado a la libertad se tendrá como un acto jurisdiccional inmediatamente recurrible ante otro tribunal para la verificación de su razonabilidad y su legalidad”.

²⁰ Vid art. 231 CPPRD que fija el contenido de la resolución que impone una medida de coerción. Y el art. 232 CPPRD prevé que con carácter previo a la ejecución de la medida deberá levantarse un acta con el contenido que el propio precepto establece.

Como concreción de este principio el art. 245 CPP dispone que “todas las decisiones judiciales relativas a las medidas de coerción reguladas por este libro son apelables. La presentación del recurso no suspende la ejecución de la resolución”.

A pesar de la ubicación sistemática del precepto, en sede de medidas de coerción reales, del propio tenor literal del precepto se infiere que su contenido se aplica a todas las medidas de coerción previstas en el Libro V de la *Parte General*.

V.3.5 Clases

El art. 226 CPP enumera las distintas medidas de coerción personal que pueden ser adoptadas judicialmente. Dichas medidas son las siguientes:

1. *La prestación de una garantía económica suficiente* (arts. 235, 236 y 237 CPP).

Esta garantía económica puede revestir diferentes modalidades, a tenor de lo dispuesto en el art. 235 CPP. Puede consistir en: a) depósito de dinero, b) valores, c) el otorgamiento de prendas o hipotecas sobre bienes libres de gravámenes, d) con una póliza con cargo a una empresa de seguros dedicada a este tipo de actividades comerciales, e) con la entrega de bienes, o f) la fianza solidaria de una o más personas solventes.

Al juez le corresponde fijar el monto, así como la modalidad de prestación y apreciar su idoneidad (art. 235, párrafo segundo, CPP). El juez deberá valorar para fijar su cuantía los recursos económicos del imputado, para impedir que su status económico convierta la libertad en un beneficio inalcanzable. De ahí que el referido precepto disponga que “en ningún caso fija una garantía excesiva ni de imposible cumplimiento en atención a los recursos económicos del imputado”²¹. Aunque, como añade a continuación el juez debe hacer la estimación de modo que constituya un motivo eficaz para que el imputado se abstenga de incumplir sus obligaciones”.

Se admite la posibilidad de que el imputado y el garante puedan sustituir la garantía por otra equivalente. Sustitución que requiere la autorización judicial (art. 235, último párrafo, CPP).

La declaración de rebeldía del imputado o su sustracción a la ejecución de la pena determina que, si el garante no lo presenta dentro del plazo legal o no se justifica la incomparecencia, se proceda a la ejecución de la garantía (art. 236 CPP).

El texto procesal enumera, también, las causas de cancelación de la garantía. Según el art. 237 CPP la garantía será cancelada devolviéndose los bienes afectados más los intereses generados, cuando: a) se revoque la decisión que la acuerda, b) se dicte el archivo o la absolución²², y c) el imputado se someta a la ejecución de la pena o ella no deba ejecutarse.

- 2.** La prohibición de salir sin autorización del país, de la localidad en la cual reside o del ámbito territorial que fije el juez.
- 3.** La obligación de someterse al cuidado o vigilancia de una persona o institución determinada, que informa regularmente al juez.

21 La Enmienda VIII a la Constitución de EEUU proclama expresamente que “no deberá exigirse una fianza excesiva”.

22 Vid. arts. 281 y 337 CPPRD.

4. La obligación de presentarse periódicamente ante el juez o ante la autoridad que él designe.
5. La colocación de localizadores electrónicos, sin que pueda mediar violencia o lesión a la dignidad o integridad física del imputado.
6. El arresto domiciliario, en su propio domicilio o en custodia de otra persona, sin vigilancia alguna o con la que el juez disponga.

Quizás debería haberse previsto con mayor detalle en que consiste la vigilancia que puede disponer el juez, y quienes pueden ser las personas bajo cuya custodia puede colocarse al imputado (art. 226.6 CPP).

En algunos ordenamientos el arresto domiciliario está configurado legalmente como una modalidad de prisión atenuada, aplicable específicamente en supuestos de enfermedad cuando el internamiento entrañase un grave peligro para la salud, o en supuestos de drogadicción. Tal es el caso de la legislación procesal penal española que autoriza que la autoridad judicial pueda acordar que la medida de prisión provisional del imputado se verifique en su domicilio, con las medidas de vigilancia que resulten necesarias, cuando por razón de enfermedad el internamiento entrañe un grave peligro para su salud. El imputado podrá ser autorizado a salir del domicilio durante las horas necesarias para el tratamiento de su enfermedad, siempre con la vigilancia necesaria (art. 508.1 LECrim). También en los casos en que el imputado se hallare sometido a tratamiento de desintoxicación o deshabitación a sustancias estupefacientes se prevé la sustitución de la medida de prisión provisional por el ingreso en un centro oficial o de una organización legalmente reconocida para continuación del tratamiento. Se exige como condición que los hechos objeto del procedimiento sean anteriores al inicio del tratamiento de deshabitación (art. 508.2 LECrim).

El arresto domiciliario es una verdadera medida cautelar personal privativa de libertad, por lo que deberá estar sometida a los mismos presupuestos y límites de la prisión preventiva²³.

7. La prisión preventiva.

CASO: Sobre tipos de medidas de coerción personales que pueden imponerse.

Objetivo formativo: Determinar el significado y alcance del principio de legalidad y proporcionalidad en el ámbito de las medidas de coerción personales.

Descripción del supuesto fáctico planteado: La policía procede al arresto del sospechoso como presunto autor de un delito de amenazas contra el propietario de una empresa exigiéndole la entrega de una determinada cantidad de dinero. El ministerio público estimando que los hechos revisten gravedad solicita del juez la medida de prisión preventiva. El juez en su resolución desestima dicha medida por estimarla desproporcionada, estimando más adecuado someter al arrestado a una vigilancia policial, al amparo de los arts. 305, 306 y 307 CPRD, e imponiéndole además la prohibición de comunicación y acercamiento a la víctima, así como la prohibición de acudir a la sede de la empresa mientras se sustancie el proceso penal.

Determinar la legalidad y proporcionalidad de la medida

23 Vid. STCE 56/1997, de 17 marzo, sobre el arresto domiciliario como modalidad de prisión atenuada en el marco de un proceso penal militar.

La previsión de un cuadro de medidas de coerción personales alternativas a la prisión preventiva deberá contribuir de forma decisiva a poner fin a la situación de generalización de esta última medida, en cuanto posibilita al juez adecuar su decisión a las concretas circunstancias concurrentes, imponiendo aquella medida que siendo menos gravosa para el derecho a la libertad permita cumplir los fines de toda medida de coerción, garantizándose el respeto al principio de proporcionalidad. En la Exposición de Motivos del CPP puede leerse "se establecerá una serie de medidas alternativas a la prisión preventiva a los fines de disminuir los índices de presos sin condena en las cárceles y asegurando a la vez la presencia del imputado en el juicio (arrestos domiciliarios, medidas de control judicial, prohibición de salir del país, caución personal y otras)". La Resolución (65) 11, de 9 de abril, del Consejo de Europa, ya se refería a la conveniencia de arbitrar medidas alternativas como la vigilancia en el domicilio, la orden de no abandonar un lugar determinado sin autorización previa del Juez, la orden de comparecer periódicamente ante determinadas autoridades, la retirada del pasaporte o de otros documentos de identidad, la constitución de una garantía²⁴.

Con esta finalidad sustitutiva o alternativa el art. 233 CPP contempla el internamiento judicial del imputado en un centro de salud mental. Dicho internamiento requiere el cumplimiento de las mismas condiciones que se exigen para aplicar la prisión preventiva. Además se requiere que, mediante el oportuno dictamen pericial, se compruebe que el imputado sufre una grave alteración o insuficiencia de sus facultades mentales que lo tornan peligroso para sí o para terceros. La imposición de la medida está sometida a la previa petición del ministerio público. La exigencia de que concurren los mismos presupuestos de la prisión preventiva evita la desnaturalización del carácter cautelar de dicha medida, pues no estamos ante una medida de seguridad predelictual. Por último, hay que destacar que es absolutamente necesario que el internamiento se realice en una institución adecuada desde el punto de vista terapéutico²⁵.

Además de las anteriores medidas debemos mencionar también el arresto, con sus diversas modalidades (policial y judicial), aunque para algunos se trate de una medida *precautelar*.

El juez puede imponer una sola de estas medidas o combinar varias de ellas, en función de las circunstancias del caso. Aunque esta posibilidad de combinación está excluida cuando se imponga la medida de prisión preventiva (art. 228 CPP). La previsión contenida en este precepto debe interpretarse en el sentido de que excluye la posibilidad de combinar la prisión preventiva con cualquiera otra medida de coerción de carácter personal mencionada en el art. 226 CPP, pero nada impedirá que pudiera adoptarse una medida de coerción de carácter real. Varias son las razones que avalan esta solución. Por un lado, la propia ubicación sistemática del precepto en sede de medidas de coerción personales. Por otro lado, el propio régimen de la prisión preventiva hace que el cumplimiento de cualquier otra medida de coerción personal que pudiera imponerse resulte materialmente imposible, lo que viene prohibido en el propio art. 228 CPP. Por último, la razón principal es que las finalidades de ambas medidas son totalmente diferentes aunque compatibles. Mientras la prisión preventiva trata de asegurar la sujeción del imputado al proceso neutralizando el riesgo de fuga, las medidas de coerción real tienen como finalidad, según resulta

24 La Recomendación N° R (80) 11 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, de 27 de junio de 1980, prevé, también, un catálogo de medidas alternativas, declarando que "cuando la autoridad judicial examine si puede evitarse la prisión preventiva, deberá tener en cuenta la posibilidad de recurrir a medidas alternativas...".

25 La STEDH caso AERTS contra Bélgica, de 30 julio 1998, apreció una vulneración del art. 5.1 CEDH pues el internamiento por razones de salud mental había tenido lugar en una institución no apropiada, según resultaba de los informes periciales obrantes en la causa, pues no recibió el tratamiento ético adecuado.

del art. 243 CPP, asegurar las responsabilidades pecuniarias y garantizar, por tanto, el derecho de la víctima a ser indemnizada.

V.4 La citación para comparecer

El art. 223 CPP autoriza tanto al ministerio público como al juez a citar al imputado para que comparezca cuando sea necesaria su presencia. La citación podrá ser acordada bien por el ministerio público o por el juez, según corresponda, esto es, según la concreta fase procesal en donde se acuerde dicha citación.

Presupuesto material para acordar dicha citación es la *necesariedad* de la presencia del imputado para realizar el acto para el cual sea citado.

En la citación se deberá hacer constar, con indicación precisa, el hecho atribuido al imputado y el objeto del acto.

Estimamos que también debería advertírsele que su no comparecencia, sin causa justificada, podría dar lugar a la conversión de la citación en orden de detención, conforme a lo previsto en el art. 225 CPP.

En realidad no estamos ante una verdadera medida de naturaleza cautelar. No obstante el incumplimiento de dicha orden de comparecencia podría dar lugar a la adopción de una medida de coerción, especialmente el arresto del citado.

V.5 El arresto

V.5.1 Concepto

El arresto se traduce en una privación provisionalísima de libertad de una persona ante la eventualidad de quedar sometida a un procedimiento penal²⁶. Es esta última característica la que permite distinguir el arresto de otras formas de limitación provisional de la libertad ambulatoria. El arresto se caracteriza por su provisionalidad y taxatividad, pues tratándose de una limitación de la libertad personal únicamente podrá acordarse en los casos expresamente previstos en la ley (arts. 15 y 276 CPP). La detención será calificada de arbitraria cuando se acuerde sin concurrir alguna de las causas previstas legalmente o cuando se lleve a cabo infringiendo el procedimiento legalmente establecido²⁷.

²⁶ Vid. STCE 341/1993, f.j.6°.

²⁷ El art. 9.I PIDCP establece que "Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley, y con arreglo al procedimiento establecido en ésta".

V.5.2 Naturaleza

El arresto es una medida cautelar de naturaleza personal, aunque para algunos se trata de una medida precautelada²⁸. Está sometida a los principios generales que presiden la adopción de las medidas de coerción según el art. 222 CPP, salvo el principio de jurisdiccionalidad, pues como veremos a continuación puede ser practicado, también, por funcionarios policiales e incluso, bajo determinadas condiciones, por los particulares.

Su ubicación sistemática en el nuevo CPP, dentro del Título II, bajo el epígrafe *Medidas de coerción personales*, del Libro V, Medidas de Coerción, de la Parte General, corrobora su carácter legal como medida de coerción.

V.5.3 Clases de arresto y supuestos en que procede

En función de la persona que lleva a cabo el arresto podemos distinguir las siguientes modalidades: a) arresto por particulares, b) arresto policial y c) el arresto judicial. Cada una de estas modalidades sólo podrá acordarse por las causas concretas previstas en la ley.

V.5.3.1 Arresto por particulares

Cualquier persona puede practicar el arresto cuando se trate de supuestos de flagrancia previstos en el art. 224, núm. I, CPP. En estos casos el particular tiene la obligación de entregar *inmediatamente* a la persona arrestada a la autoridad más cercana²⁹. Como resulta del precepto legal mencionado, no se le autoriza al particular a practicar ningún tipo de actividad o diligencia, salvo la de entregar al arrestado a la autoridad más cercana. Cualquier retardo o demora injustificada en la entrega tornaría el arresto en ilegal.

En todo caso, no estamos ante una obligación o deber sino ante una simple facultad que el ordenamiento jurídico otorga a los particulares. Así, el propio precepto indica que cualquier persona “puede practicar el arresto”, no que esté obligada a practicarlo en los casos de flagrancia.

V.5.3.2 Arresto policial

La policía debe proceder al arresto de una persona cuando exista una orden judicial que así lo ordene. Aunque, también, deberá acordar el arresto cuando no exista orden judicial en los casos siguientes:

V.5.3.2.1 Supuestos de flagrancia³⁰

Cuando el imputado es sorprendido en el momento de cometer el hecho punible o inmediatamente después, o cuando tiene objetos o presenta rastros que hacen presumir razonablemente que acaba de participar en una infracción (art. 224, núm. I CPP).

28 La STCE 341/1993, f.j.6º, califica a la detención de medida cautelar de privación de libertad de carácter penal.

29 El art. 383 CPP italiano faculta también a los particulares a practicar el arresto en caso de flagrancia, debiendo entregar al arrestado sin demora a la policía judicial. También el art. 255.2 CPP portugués que exige que el arrestado sea entregado inmediatamente.

30 La flagrancia es uno de los supuestos admitidos por el CEDH para proceder a la detención del presunto autor de un hecho delictivo, autorizando el art. 5.1.c), *in fine*, la detención “cuando se estime necesario para impedirle que cometa una infracción o que huya después de haberla cometido”.

La flagrancia se caracteriza por la percepción sensorial directa de la comisión de un hecho delictivo por parte de un tercero, en este caso, de los agentes policiales que proceden al arresto.

En los casos en que la búsqueda o persecución se hubiere interrumpido, se requerirá orden judicial para proceder al arresto (art. 224 CPP). La interrupción de la búsqueda o persecución excluye la necesidad de intervención inmediata que justifica el arresto policial en los casos de flagrancia, por lo que será necesario, en estos casos, solicitar la oportuna orden de arresto judicial. A *sensu contrario*, el arresto podrá practicarse sin orden judicial cuando la persecución iniciada inmediatamente después de apreciarse la comisión del hecho delictivo no se hubiere interrumpido.

El precepto legal analizado utiliza un concepto amplio de flagrancia que no se limita a los supuestos en que el delincuente es sorprendido en el momento de cometer el delito o inmediatamente después de cometerlo. El arresto puede acordarse, también, cuando se le ocupan objetos o presenta rastros que hagan presumir razonablemente que acaba de participar en la comisión de un hecho delictivo³¹. Se incluyen pues supuestos de *cuasi flagrancia*, cuya apreciación exige, en todo caso, la concurrencia del requisito de la inmediatez temporal, de ahí que la fórmula legal emplee el término “que acaba de participar...”. El espacio de tiempo transcurrido entre la consumación del delito y el descubrimiento de su comisión debe ser muy corto, lo que ofrece una evidencia razonable de la participación del arrestado en los hechos.

V.5.3.2.2 Supuestos de evasión o fuga

También procede el arresto policial autónomo cuando el imputado se ha evadido de un establecimiento penal o centro de detención (art. 224, núm. 2 CPP). En realidad podemos decir que estamos ante un supuesto particular de flagrancia delictiva, pues la evasión o fuga del establecimiento penal o centro de detención supone la comisión de un delito de quebrantamiento de condena o evasión de presos³² que dada su condición de delito permanente puede estimarse en flagrancia desde que tuvo lugar el quebrantamiento hasta la aprensión del fugado.

V.5.3.2.3 Supuestos de concurrencia de sospechas razonables

Por último, cabe el arresto policial cuando el imputado tenga en su poder objetos, armas, instrumentos, evidencias o papeles que hagan presumir razonablemente que es autor o cómplice de una infracción y que puede ocultarse, fugarse o ausentarse del lugar (art. 224, núm.3, CPP).

Para que pueda apreciarse este supuesto es necesario que concurren dos requisitos. El primero, que el imputado se encuentre en posesión de objetos que permitan *presumir razonablemente* que ha participación en la comisión de un hecho delictivo (*fumus commisi delicti*). Aunque a diferencia del supuesto previsto en el núm. 1 no es necesario que el hecho delictivo acabe de cometerse, esto es, no se exige en este último caso el requisito de la inmediatez temporal. Y el segundo requisito consiste en la necesidad de que concurren razones para presumir que puede ocultarse,

31 La fórmula utilizada recuerda las empleadas por los Códigos Procesales Penales italiano y portugués. El primero de ellos, contempla, en el art. 382.1 el supuesto “...ovvero è sorpreso con cose o tracce dalle qualli appaia che egli abbia commesso il reato immediatamente prima”. Por su parte, el segundo menciona, en el art. 256.2 el supuesto “...ou encontrado com objectos ou sinais que mostrem claramente quer acabou de o cometer ou de nele participar”.

32 Vid. arts. 237 y ss. CPRD.

fugarse o ausentarse del lugar; lo que frustraría la eficacia de la investigación criminal (*periculum in mora*, como manifestación concreta del *periculum libertatis*). No es suficiente para proceder al arresto con la concurrencia de sospechas o indicios racionales de criminalidad es imprescindible que concurren también indicios de que la persona arrestada tratará de sustraerse a la acción de la justicia.

La razonabilidad o plausibilidad de las sospechas en que se funde la detención es un elemento esencial para descartar su carácter arbitrario³³. Esta razonabilidad exige la concurrencia de una base indiciaria suficientemente acreditada. Sólo cuando pueda constatarse la presencia de indicios racionales de que la persona que va ser detenida ha participado en la comisión de un hecho delictivo podrá practicarse su detención o arresto. Esta base indiciaria es reclamada en el art. 5.1.c) CEDH al exigir que “existan indicios racionales de que ha cometido una infracción”. Como declara el TEDH la “racionalidad” de las sospechas en que se funde una detención es una parte fundamental de la protección que proporciona el art. 5.1.c) CEDH contra las privaciones de libertad arbitrarias. La existencia de tales sospechas o indicios racionales presupone la de hechos o informes adecuados para convencer a un observador imparcial de que el individuo de que se trate pueda haber cometido el delito, aunque lo que pueda considerarse “racional” dependerá del conjunto de las circunstancias³⁴. Obviamente la *calidad* de esta base indiciaria no puede ser la misma que la exigida para fundamentar una medida de coerción personal más ingerente para la libertad personal como es la prisión preventiva³⁵.

Debe tratarse, además, de sospechas racionales referidas a la comisión de un determinado y concreto hecho que tenga apariencia delictiva³⁶. Por otro lado, no es posible acordar una privación de libertad mediante el arresto con la sola sospecha genérica de que una persona pueda tener “intenciones delictivas”, a modo de medida de prevención³⁷.

33 El CPP italiano exige, en su art. 384.1 que exista una persona gravemente sospechosa (*indiziata*) de un delito.

34 Vid. STEDH caso FOX, CAMPBELL y HARTLEY contra Reino Unido, de 30 agosto 1990, donde se apreció una violación del art. 5.1.c) CEDH pues las explicaciones ofrecidas por el Gobierno no reunían las condiciones mínimas exigidas en el precepto para la racionalidad de las sospechas que permiten detener a una persona.

35 Vid. STEDH caso LABITA contra Italia, de 6 abril 2000.

36 La STEDH caso LOUKANOV contra Bulgaria, de 20 marzo 1997, apreció una vulneración del art. 5.1 CEDH no estimando que la privación de libertad impuesta al recurrente hubiera sido una “detención legal” pues no existían indicios de que los hechos en los que tuvo participación fueran constitutivos de delito.

37 SSTEEDH caso GUZZARDI contra Italia, 6 noviembre 1980; caso CIULLA contra Italia, de 22 febrero 1989.

CASO: Sobre “sospechas razonables” que justifican el arresto policial:

Objetivo formativo: Identificar cuándo concurren “sospechas razonables” que autorizan la práctica del arresto policial.

Descripción de la situación fáctica planteada: Encontrándose de servicio dos funcionarios policiales observan a una persona a la que conocen por estar relacionada con la actividad de tráfico de drogas, pues le habían detenido en anteriores ocasiones por dedicarse al trapicheo (venta a pequeña escala), y al ver que la misma se dirigía en un vehículo a una zona de la ciudad (barriada) donde es conocido que habitualmente se llevan a cabo operaciones de tráfico de drogas a pequeña escala proceden a seguirle hasta el mencionado barrio y tras localizarle en la esquina de una de las calles principales proceden a darle el alto y tras darse a conocer como agentes policiales proceden a su arresto. Después es conducido a las dependencias policiales donde tras un cacheo se le ocupan en el bolsillo derecho del pantalón una cantidad total de 20 gramos de cocaína distribuidos en 20 papelinas de un gramo cada una, así como una determinada cantidad de dinero.

La inexistencia de sospechas razonables hace que la conducta de arresto policial se convierta en una detención ilegal. La STSE de 25 septiembre de 1993, nos ofrece el siguiente ejemplo de detención arbitraria que mereció reproche penal: los hechos fueron los siguientes: los acusados miembros de la Policía Nacional, cuando se encontraban de servicio, como dotación de un coche radio-patrulla, observaron la presencia de J.M.E. y, como por su actitud de darse la vuelta ante su llegada, les infundió sospecha, le pidieron que se identificara y como solamente les mostró un carné de conducir prácticamente ilegible y la cartilla de Seguridad Social, previo cacheo, introducción en el coche policial por la puerta de atrás y colocación de las esposas, se dirigieron con él hacia la comisaría, y como protestara y pronunciara frases despectivas para la policía, durante el trayecto y al llegar a las dependencias policiales, concretamente en el garaje, uno de los acusados policías en presencia del otro, le golpeó reiteradamente con la defensa reglamentaria. El TSE confirmó la condena por un delito de detención ilegal y por una falta de lesiones.

Aunque, como hemos visto, no es éste el único requisito que debe concurrir, pues en todo caso deberá apreciarse la existencia de un peligro de fuga u ocultación (*periculum libertatis*) para poder proceder al arresto policial. La exigencia de estos requisitos es consecuencia de su configuración como medida de naturaleza cautelar³⁸.

Hemos visto que el arresto, como **excepción al principio de jurisdiccionalidad**, puede ser practicado sin previa orden judicial, aunque solo en aquellos casos tasados previstos en la ley. Este carácter no jurisdiccional impone, como contrapartida, su taxatividad, esto es, que solo se podrá proceder al arresto por la policía, sin previo mandato judicial, cuando concurra alguno de los supuestos expresamente previstos en el texto legal. Principio de **taxatividad** que se plasma en el art. 276 CPP cuando declara que “Los funcionarios de la policía sólo podrán arrestar a los imputados en los casos que este código lo autoriza...”, y que es una manifestación del

38 ORTELLS RAMOS, M., “Detención, Retención y Habeas Corpus”, en AA.VV., *Seminario sobre Detención y Prisión Provisional*, Xunta de Galicia, 1995, págs. 83 y ss. RAMOS MENDEZ, F., *El proceso penal*, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1999, p. 120.

principio de legalidad. La CIDH ha declarado que nadie puede ser privado de libertad personal sino por las causas, casos o circunstancias expresamente tipificadas en la ley (aspecto material), pero, además, con estricta sujeción a los procedimientos objetivamente definidos por la misma (aspecto formal)³⁹.

A diferencia del arresto llevado a cabo por particulares, no estamos ante una simple facultad, sino ante una obligación para los funcionarios policiales que deben proceder al arresto cuando concurran los supuestos legalmente analizados.

Además, la finalidad del arresto policial en todos los casos analizados es poner al arrestado a disposición del ministerio público, sin demora innecesaria. Finalidad que actúa como una verdadera garantía para el arrestado, como analizaremos más adelante.

V.5.3.3 Arresto judicial

El juez podrá, también, ordenar el arresto cuando concurra alguno de los supuestos previstos legalmente. Según el art. 225 CPP el arresto judicial de una persona podrá acordarse en los casos siguientes:

- I. Cuando sea necesaria su presencia y existan elementos suficientes para sostener, razonablemente, que es autor o cómplice de una infracción, que puede ocultarse, fugarse o ausentarse del lugar.

De la lectura del precepto resulta la exigencia de los siguientes requisitos:

- a. Necesidad de la presencia de la persona arrestada (por ejemplo, para la práctica de algún tipo de diligencia),
- b. Existencia de indicios suficientes para presumir, razonablemente, su participación en la comisión de un hecho con apariencia delictiva (*fumus bonis iuris*),
- c. Que concurran razones suficientes para presumir que puede ocultarse, fugarse o ausentarse del lugar (*periculum in mora*).

2. Después de ser citada a comparecer no lo hace y es necesaria su presencia durante la investigación o conocimiento de una infracción.

Esta causa tiene su origen en el incumplimiento de la obligación de comparecer previa la citación oportuna. Tal como prevé el art. 223 CPP “en los casos en que sea necesaria la presencia del imputado para realizar un acto, el ministerio público o el juez, según corresponde, lo cita a comparecer, con indicación precisa del hecho atribuido y del objeto del acto”. Para que pueda acordarse esta segunda causa de arresto el juez debe ponderar la necesidad de la presencia de la persona durante la investigación o conocimiento de la infracción penal.

En ninguno de estos dos casos puede el juez acordar de oficio el arresto, si no que es necesaria la previa solicitud del ministerio público (art. 225 CCPRD).

³⁹ SSCIDH caso GANGARAM PANDAY contra Suriname, 21 enero 1994, párrafo 47; caso SUÁREZ ROSERO contra Ecuador, 12 noviembre 1997, párrafo 43.

Un supuesto concreto lo encontramos al regular la audiencia preliminar en el art. 300 CPP. Si dicha audiencia preliminar se suspendió por la incomparecencia del acusado el juez deberá fijar nuevo día y hora. Además, a solicitud del ministerio público o del querellante, podrá ordenar el arresto del acusado.

También el art. 306 CPP autoriza el arresto judicial del acusado en sede de juicio oral cuando fuera necesario para asegurar la realización de la audiencia o de un acto particular de la misma. Este arresto judicial será acordado previa petición del ministerio público.

La declaración de rebeldía autoriza, también, que el juez pueda dictar orden de arresto, a petición del ministerio público (art. 100 CPP), que se mantendrá hasta la extinción del estado de rebeldía por comparecencia voluntaria del imputado o porque sea puesto a disposición de la autoridad que lo requiere (art. 101 CPP).

V.5.3.4 Supuestos de exclusión del arresto

El nuevo texto procesal penal contempla dos supuestos de exclusión del arresto, en función de la naturaleza de la infracción y de la pena que llevan aparejada. Por un lado los supuestos de infracciones de acción privada⁴⁰. El art. 32 CPP enumera los hechos punibles que sólo son perseguibles por acción privada: 1. violación de propiedad; 2. difamación e injuria; 3. violación de la propiedad industrial y 4. violación a la ley de cheques. La exclusión debe entenderse limitada a los supuestos de arresto policial autónomo previstos en el art. 224 CPP. Nada impediría que si el juez ordenase la citación del imputado para su comparecencia al acto del juicio oral, en un supuesto de infracción de acción privada, y el imputado no compareciese se pudiera ordenar judicialmente el arresto para garantizar la celebración del juicio. Los arts. 306 y 141 CPP ofrecen cobertura normativa a esta solución.

Por otro lado, se excluye también el arresto cuando se trate de infracciones en las que no está prevista pena privativa de libertad (art. 224 CPP). En la doctrina española GIMENO SENDRA, afirma que si el hecho punible no lleva aparejada pena privativa alguna o puede en el futuro beneficiarse el condenado de la suspensión de la pena habrá que presumir la inexistencia de peligro de fuga por lo que decaerá la necesidad de la medida cautelar⁴¹. La referida previsión legislativa es consecuencia de la inexistencia en estos casos de peligro de fuga u ocultación personal. En estos casos el legislador dominicano presume legalmente, con presunción iuris et de iure, que no concurre el *periculum libertatis*.

Se admite el arresto para el caso de contravenciones, como única medida de coerción susceptible de ser adoptada, pero con un límite temporal pues no podrá exceder de doce horas (art. 358 CPP). En el proceso penal español la detención, como regla general, está excluida para el caso de simples faltas, salvo que el sujeto no tenga domicilio conocido o no preste fianza suficiente a juicio del agente policial que pretende detenerle (art. 495 LECrim).

40 Acción privada que se ejerce con la acusación de la víctima o su representante legal y conforme al procedimiento especial previsto en el CPPRD.

41 GIMENO SENDRA, V., con MORENO CATENA, V., y CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *Derecho Procesal Penal*, Edit. Colex, Madrid, 1999, p. 473.

V.5.3.5 Plazo del arresto

Cuando el arresto haya sido acordado por la policía, deberá ponerse a la persona arrestada, sin demora innecesaria⁴², a la orden del ministerio público. Este, a su vez, podrá disponer directamente su puesta en libertad o solicitar del juez una medida de coerción. En este último caso, la solicitud deberá formularse luego de realizar las diligencias indispensables y, en todo caso, dentro de las 24 horas contadas a partir del arresto (art. 224 CPP). El texto procesal penal opta por fijar un plazo inferior al de 48 horas previsto en el art. 8.2.d CRD, que establece que “toda persona privada de su libertad será sometida a la autoridad judicial competente dentro de las cuarenta y ocho horas de su detención o puesta en libertad”. El precepto constitucional prohíbe que el legislador ordinario pueda fijar un plazo superior a las 48 horas, pero nada le impide establecer un plazo inferior; siendo esta última la opción acogida en el nuevo texto procesal penal.

El precepto exige de la policía que ponga a la persona arrestada inmediatamente a disposición del ministerio público, sin perjuicio de practicar aquellas diligencias preliminares encaminadas a obtener y asegurar las fuentes de prueba. En caso de que la demora fuera “necesaria” esta nunca podría rebasar el plazo de 24 horas que estipula el precepto legal.

El art. 277, párrafo primero, CPP no debe entenderse en el sentido de que el plazo de comunicación del arresto al ministerio público puede llegar hasta las 24 horas, sino que la comunicación del arresto deberá hacerse siempre de forma inmediata, sin demora. Otra cosa es el plazo de informe acerca de las diligencias preliminares de investigación llevadas a cabo por la policía, que para el caso en que se hubiere arrestado a una persona, se reduce de 72 horas a 24 horas.

Cuando se trate de arresto judicial no podrá prolongarse más allá del agotamiento de la diligencia o actuación que lo motiva (art. 225 CPP). Concluida la práctica de la diligencia o actuación que motivó el arresto el juez deberá dejarlo sin efecto acordando la libertad inmediata del imputado. Si el ministerio público estimara que la persona arrestada judicialmente debe quedar sujeta a una medida de coerción, deberá solicitarlo al juez en el plazo máximo de 24 horas. La adopción de una medida de coerción exigirá en este caso de la previa celebración de una audiencia (art. 225 CPP). Como complemento de esta previsión, el art. 284 CPP establece que si el ministerio público pretende solicitar al juez la aplicación de una medida de coerción para el arrestado deberá ponerle a disposición judicial sin “demora innecesaria” y siempre dentro del plazo de 24 horas de su arresto. En caso contrario deberá disponer su libertad.

Para el caso de infracciones que requieren la instancia privada⁴³, debe ser informada inmediatamente quien pueda presentarla, y si éste no presenta la denuncia en el término de 24 horas, el arrestado debe ser puesto en libertad (art. 224 CPP).

42 El art. 9.3 PIDCP declara que “toda persona detenida o presa a causa de una infracción será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales...”. Por su parte, el art. 5.3 CEDH establece que “toda persona detenida preventivamente... debe ser conducida sin dilación a presencia de un juez o de otra autoridad habilitada por la ley para ejercer poderes judiciales”. La STEDH caso GÜNAY contra Turquía, de 27 septiembre 2001, apreció vulneración de este precepto en un supuesto de detención de varias personas por delitos de terrorismo cuya duración había variado entre cinco y once días, sin haber sido puestos a disposición judicial, y sin que dicha prolongación viniera justificada por la necesidad de realizar investigaciones o averiguaciones policiales.

43 El art. 31 CPPRD menciona los hechos punibles cuya persecución requiere de instancia privada: 1. vías de hecho, 2. golpes y heridas que no causen lesión permanente, 3. amenaza, salvo las proferidas contra funcionarios públicos en ocasión del ejercicio de sus funciones, 4. Robo sin violencia y sin armas, 5. estafa, 6. abuso de confianza, 7. trabajo pagado y no realizado, 8. revelación de secretos, 9. falsedades en escrituras privadas.

Conforme a las previsiones del art. 8.2.e) CRD, una vez el arrestado ha sido sometido a la autoridad judicial competente deberá, dentro del plazo de 48 horas, dejarse sin efecto el arresto o elevarse a prisión. Este plazo constitucional mantiene su vigencia, pues se refiere al tiempo que tiene el juez para decidir sobre la situación personal del arrestado.

Un plazo especial se establece para el caso de contravenciones o infracciones leves⁴⁴. En este supuesto el arresto, que es la única medida de coerción que puede adoptarse (art. 358 CPP), no podrá exceder en ningún caso las doce horas. Estimamos que en estos supuestos el arresto debe tener como único fin la realización de las diligencias necesarias encaminadas a la identificación del arrestado, de tal forma que una vez identificado plenamente deberá ser puesto en libertad aunque no hayan concurrido el plazo máximo legal de las doce horas. El establecimiento de este plazo legal no concede a los agentes y autoridades el derecho a su agotamiento. Podría acordarse, también, para asegurar la presencia del arrestado al juicio si así se estimara necesario, pero siempre con el límite máximo de las doce horas.

El cómputo de los anteriores plazos legales deberá hacerse desde el mismo momento en que se procede materialmente al arresto del sujeto y no desde el momento en que se le informa de su condición de arrestado y de sus derechos.

La fijación por parte del legislador ordinario de plazos máximos de duración del arresto no concede a los agentes policiales ni al ministerio público un derecho a agotar tales plazos. El arresto deberá durar el tiempo estrictamente necesario para la realización de las gestiones encaminadas al esclarecimiento de los hechos⁴⁵. Así, debe interpretarse el término *indispensable* utilizado en el propio art. 224 CPP cuando declara que “la solicitud del ministerio público debe formularse luego de realizar las diligencias indispensables y, en todo caso, dentro de las veinticuatro horas contadas a partir del arresto”. Diligencias que deberán realizarse, por tanto, con carácter preferente, precisamente para evitar una prolongación indebida de la situación de privación de libertad.

Caben situaciones de prolongación indebida del arresto no sólo cuando la policía no cumple con la obligación de poner al arrestado inmediatamente a disposición del ministerio público, sino también cuando este último agota el plazo de 24 horas concedido para solicitar una medida de coerción, sin practicar mientras tanto ninguna diligencia que fuera indispensable para la investigación y esclarecimiento de los hechos.

⁴⁴ Vid. arts. 471 y ss. CPRD.

⁴⁵ El art. 520.1, párrafo segundo, LECrim declara que “la detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos”.

CASO: Sobre interpretación del término legal “sin demora innecesaria”.

El objetivo formativo: Identificar si caben supuestos de demora innecesaria aun cumpliéndose el plazo de arresto legalmente previsto, así como determinar el alcance del concepto “diligencias indispensables”.

Descripción de la situación fáctica planteada: Sobre las 12'00 horas del domingo día 3 de abril de 2005 se procede por parte de la policía al arresto del sospechoso como presunto autor de un delito flagrante castigado con pena de prisión, recuperándose los objetos sustraídos. El arrestado es conducido a las dependencias policiales donde tras su identificación manifiesta su voluntad de declarar únicamente ante la autoridad judicial. Mientras tanto como diligencias preliminares se procede a la localización del propietario de los efectos, a quien se le toma declaración y a la inspección ocular policial del lugar de la sustracción en busca de vestigios del hecho delictivo. El hecho del arresto es puesto en conocimiento del ministerio público a las 14'00 horas, quien ordena el mantenimiento de dicha situación de arresto. A la mañana siguiente, no habiendo transcurrido aun 24 horas desde el arresto, el ministerio público se dirige al juez solicitando una medida de coerción.

El ejercicio consiste en determinar si existió o no una prolongación indebida del arresto.

El TSE en casos de prolongación indebida del arresto más allá del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos ha condenado por un delito de detención ilegal⁴⁶.

V.5.3.6 Principios básicos de actuación policial durante el arresto

El nuevo texto procesal penal se ocupa, en el art. 276 CPP, de plasmar aquellos principios básicos que deben presidir la actuación policial durante la práctica de un arresto. La mayoría de estas obligaciones se corresponden con el elenco de derechos que ostenta el arrestado, enumerados en el art. 95 CPP que analizaremos más adelante.

Podemos sistematizar tales principios básicos de la forma siguiente:

V.5.3.6.1 Identificación

El funcionario de policía debe identificarse como tal en el momento de practicar el arresto. También debe verificar la identidad de la persona contra quien se procede. Esta identificación previa no es

⁴⁶ STSE de 8 febrero 1994: se estimó que la inicial detención estaba justificada pues el detenido conducía embriagado un vehículo de motor; pero no así la prolongación posterior de dicha situación, pues una vez pasados los efectos de la embriaguez el detenido había manifestado su propósito de declarar ante el juez, manteniendo la policía, no obstante, la detención con el argumento de que era demasiado pronto para llevarlo ante la autoridad judicial, sin que se justificara la permanencia en situación de detención por la práctica de diligencias de investigación. El TS estimó que los hechos eran constitutivos de un delito de detención ilegal, pues aunque no habían transcurrido las 72 horas previstas en el texto constitucional como plazo máximo de detención, ésta se había prolongado de forma innecesaria, pues el propio texto constitucional afirma que la detención “no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos” (art. 17.2

exigible en los casos de flagrancia por la propia necesidad de rapidez en la intervención policial (art. 276.1 CPP). La identificación en estos casos deberá hacerse con posterioridad una vez practicado materialmente el arresto.

La forma en que puede llevarse a cabo la identificación del funcionario policial actuante puede variar en función de las circunstancias.

V.5.3.6.2 Prohibición de tratos inhumanos o degradantes

Se prohíbe, de forma absoluta, cualquier acto de tortura, tormento u otros tratos o castigos crueles, inhumanos o degradantes (art. 276.4)⁴⁷.

Los agentes policiales son garantes de la vida e integridad física del arrestado y también de su salud. Deben asegurarle la asistencia médica cuando fuere necesaria. El art. 6 de la Resolución 169/34 de 1979, de la Asamblea General de las Naciones Unidas, sobre *Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la Ley*, impone a tales funcionarios, respecto a quienes se encuentren bajo su custodia, la obligación de tomar "medidas inmediatas para proporcionar atención médica cuando se precise". También el número 14 del apartado A de la Resolución 690/74, de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa (Declaración sobre la Policía) establece que los funcionarios encargados de la custodia de los detenidos "cuyo estado de salud necesita atención médica debe facilitar tal atención del personal médico y en caso necesario tomar las medidas para proteger la vida y la salud de esta persona".

CASO: Sobre tratos inhumanos o degradantes durante el arresto policial.

Objetivo formativo: Analizar los límites de las actuaciones policiales encaminadas al esclarecimiento de los hechos en el contexto de un arresto policial.

Descripción del supuesto fáctico planteado: por investigaciones policiales practicadas se tuvo conocimiento de que la sospechosa se dedicaba al tráfico de drogas, concretamente de heroína, a pequeña escala, por lo que se acordó su seguimiento. Durante dicho seguimiento se pudo comprobar que la sospechosa mantenía contactos esporádicos con personas conocidas por su adicción a la droga en donde de forma muy rápida intercambiaban efectos, teniendo lugar dichas operaciones en la calle. Cuando la sospechosa iba a efectuar uno de estos intercambios procedieron a su arresto ocupándosele una cantidad de dinero que portaba en la mano izquierda. La persona con la que efectuó el intercambio salió huyendo y no pudo ser arrestada. Una vez trasladada a las dependencias policiales y a presencia de una agente policial femenina se le ordenó que se desnudara y efectuara flexiones abriendo y cerrando las piernas consiguiendo de esta forma que expulsara una bolsita conteniendo diez papelinas de heroína, con un peso total de cuatro gramos, que llevaba ocultas en el interior de la cavidad vaginal.

⁴⁷ Es una concreción de lo establecido con carácter general en el art. 10 CPPRD bajo el epígrafe *Dignidad de la persona*.

V.5.3.6.3 El principio de necesidad y proporcionalidad en el uso de la fuerza

Se prohíbe, en principio, el uso de la fuerza para practicar el arresto. Sólo será admisible su utilización cuando sea necesaria y proporcionada para su ejecución (art. 276.2 CPP). Necesidad que concurrirá cuando se produzca una reacción violenta por parte de la persona que va a ser arrestada, o cuando la actuación policial se inicia como consecuencia de la existencia de un hecho violento (una pelea, la liberación de una persona secuestrada...), o cuando el sospechoso se diere a la fuga y es perseguido y alcanzado por los agentes policiales.

La mencionada Resolución 169/34, de 17 de diciembre de 1979, de la Asamblea General de las Naciones Unidas, por la que se aprueba el *Código de Conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley*, establece en su art. 3 que “los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley podrán usar la fuerza sólo cuando sea estrictamente necesario y en la medida que lo requiera el desempeño de sus tareas”⁴⁸.

La proporcionalidad en el uso de la fuerza exige la idoneidad del medio empleado, optando por aquél que potencialmente implique una menor injerencia coactiva.

Se prohíbe, también, en principio el uso de armas. Esta regla general tiene la excepción en aquellos casos en que la resistencia del que pretende ser arrestado coloque en peligro la vida o integridad física de las personas o, también, en los casos en que sea necesario para evitar la comisión de otras infracciones. En ambos casos, deben concurrir las notas de necesidad y proporcionalidad, exigidas en el supuesto anterior (art. 276.3 CPP). En todo caso debe tratarse de situaciones en que concorra un riesgo grave. La nota de gravedad debería haberse incorporado al texto normativo.

Una actuación policial desproporcionada además de dar lugar a responsabilidad disciplinaria podría dar lugar, también a responsabilidad penal. La STSE de 2 noviembre 2004 apreció la concurrencia de un delito de atentado contra la integridad moral de la persona (art. 175 CPE) en un supuesto en que ante una infracción de tráfico con un ciclomotor los policías actuantes procedieron a encañonar con la pistola al conductor y ocupante del mismo, advirtiéndoles “que no hiciese ningún movimiento extraño o le descargaba la pistola”, acompañado de golpes y patadas, no existiendo ninguna situación de peligro real para los policías o terceros, ni existió ninguna actitud de oposición o resistencia por parte de los jóvenes que iban a ser identificados.

V.5.3.6.4 Prohibición de la presentación del arrestado ante los medios de comunicación social o la comunidad

Se prohíbe también que los funcionarios policiales puedan presentar al arrestado a ningún medio de comunicación social o la comunidad. Esta presentación requiere que sea consentida de forma expresa por el arrestado. Consentimiento que deberá ser prestado ante su defensor; previa consulta, y se deberá hacer constar en las diligencias respectivas (art. 276.6 CPP).

⁴⁸ También la Resolución 690/1979, de 8 de mayo, de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, por la que se adopta la *Declaración sobre la Policía*, en su apartado A, art. 12, dispone que “en el ejercicio de sus funciones, el funcionario de la Policía debe actuar con toda determinación necesaria, sin jamás recurrir a la fuerza más que en lo razonable para cumplir la misión exigida o autorizada por la ley”.

Esta prohibición no es incompatible con la divulgación de notas de prensa donde las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado dan cuenta del desarrollo y resultado de las investigaciones de hechos delictivos así como de la detención de personas como presuntos autores de los hechos investigados.

Ahora bien, esta información deberá ser siempre respetuosa con la presunción de inocencia de las personas arrestadas, quienes nunca podrán ser presentadas ante la opinión pública como culpables sin que exista una sentencia judicial que así lo declare.

CASO: Sobre comunicaciones y notas de prensa relacionadas con una investigación criminal.

Objetivo formativo: Fijar los límites de dichas notas o comunicaciones y su compatibilidad con el derecho a la presunción de inocencia del arrestado.

Descripción del supuesto fáctico planteado: como resultado de las investigaciones criminales relacionadas con un asesinato se procedió al arresto de A.R. como presunto instigador de dicho crimen. Los responsables policiales de la investigación criminal, y el fiscal encargado de la misma convocaron a los medios de comunicación social para dar cuenta del desarrollo de la investigación, y de sus resultados.

Durante el desarrollo de la rueda de prensa y a preguntas de los periodistas presentes, que “el arrestado. A.R. era el verdadero instigador del crimen cometido y que había actuado con animo de venganza, dada la enemistad y odio que sentía contra la víctima”, añadiendo a continuación que “las pruebas obtenidas durante la investigación en su contra eran abrumadoras y que todas ellas le señalaban como instigador del asesinato, sin ninguna duda”. Durante la rueda de prensa dieron cuenta pormenorizada de cuales eran esas pruebas, así como detalles de la investigación llevada a cabo hasta el arresto de A.R. Por último, al ser preguntados si albergaban alguna duda sobre su culpabilidad los responsables de la investigación manifestaron que “no, que ninguna duda, que era culpable del horrendo crimen cometido”.

V.5.3.6.5 Información de derechos al arrestado

En el momento mismo de practicarse el arresto los funcionarios policiales deberán informar al arrestado, de forma inmediata, de su derecho a guardar silencio y a nombrar un defensor (art. 276.5 CPP).

También que el arrestado tiene derecho a comunicar el arresto y el lugar donde es conducido o donde permanece a sus familiares, persona de confianza o al abogado que indique. Acto de comunicación al que están obligados los funcionarios policiales (art. 276.7 CPP).

V.5.3.6.6 Registro y documentación del arresto

Los funcionarios policiales están obligados a registrar el lugar, día y hora del arresto, la orden o circunstancia en que ocurre así como los funcionarios o agentes responsables de su actuación. Registro que el propio precepto señala que es inalterable (art. 276.8 CPP). Una fiel documentación de estas circunstancias permitirá controlar jurisdiccionalmente la legalidad del arresto.

A modo de conclusión podemos señalar lo siguiente:

- a. El arresto debería practicarse de la forma que menos perjudicara al arrestado. Los agentes policiales deberán velar por la integridad física de las personas arrestadas que se encuentren bajo su custodia.
- b. La información de derechos al arrestado debería hacerse de forma inmediata y comprensible. Sin perjuicio de que en el momento de practicarse el arresto se informe oralmente de tales derechos, esta información oral debería complementarse mediante la entrega al arrestado de una “carta de derechos”, como veremos más adelante.

Además de los derechos el arrestado debe ser informado, también, de los hechos y las razones del arresto, pues tanto unos como otros forman parte del contenido de la información a la que tiene derecho el arrestado.

- c. Deben reflejarse documentalmente todas las circunstancias relacionadas con el arresto, para posibilitar su control posterior.

V.5.3.7 Derechos del arrestado

El arrestado goza de los derechos enumerados en el art. 95 CPP que, como ya vimos, entran en juego desde el mismo momento en que se solicite la aplicación de una medida de coerción. Derechos de los que el arrestado deberá ser informado desde el mismo momento del arresto tal como ya indicamos.

De entre ellos queremos resaltar los siguientes, algunos de los cuales guardan correspondencia con las obligaciones de los funcionarios policiales que practican el arresto, a las que nos hemos referido con anterioridad:

V.5.3.7.1 Derecho a recibir durante el arresto un trato digno y, en consecuencia, a que no se le apliquen métodos que entrañen violencia innecesaria o el uso excesivo y desproporcionado de la fuerza (art. 95.2 CPP).

Es una manifestación del derecho al respeto a la dignidad de la persona consagrado en el art. 10 CPP.

V.5.3.7.2 Derecho a conocer la identidad de quien realiza el arresto, la autoridad que lo ordena y bajo cuya guarda permanece (art. 95.2 CPP).

V.5.3.7.3 Derecho a comunicarse de modo inmediato con una persona de su elección y con su abogado para notificarles sobre su arresto y a que le proporcionen los medios razonables para ejercer este derecho (art. 95.4 CPP).

La redacción del precepto plantea el problema de quién es la persona autorizada para llevar a cabo esta comunicación: el propio arrestado o los agentes policiales que le custodian. Parece que, en principio, será el propio arrestado al reconocérsele el derecho a “comunicarse” y no a que “se comunique”. Opción que parece confirmar el reconocimiento, en el mismo precepto, del derecho a que se le proporcionen los medios razonables para ejercer este derecho. Sin embargo, esta previsión parece estar en contradicción con lo dispuesto en el art. 276.7 CPP que impone a los funcionarios policiales la obligación de comunicar, dando a entender que serán estos últimos los que llevarán a cabo el acto de comunicación con el familiar o la persona designada para dar cuenta del arresto. Previsión esta última que, según un sector de la doctrina, resulta más razonable pues de esta forma queda garantizado en mayor medida el ejercicio de este derecho, al poderse reiterar el acto de comunicación si el primero resulta fallido, actuación que no podría realizar el detenido cuando se encontrare ingresado en los cuartos de seguridad de la policía⁴⁹. No es esta la opinión de QUERALT JIMÉNEZ quien defiende que en la medida de lo posible sería de desear que fuera el propio arrestado el que efectuara la comunicación⁵⁰.

En el marco del proceso penal español se prevé la incomunicación del arrestado lo que produce, entre otros efectos, la suspensión de esta comunicación⁵¹. La incomunicación se acordará cuando sea necesario para la investigación de los hechos (así, por ejemplo, cuando exista un riesgo de manipulación u ocultación de fuentes de prueba) siempre que resulte justificada desde la óptica de la proporcionalidad lo que permite sostener la constitucionalidad de la medida acordada judicialmente⁵². La CIDH admite la validez de la incomunicación, como medida de carácter excepcional, cuyo propósito es impedir que se entorpezca la investigación de los hechos. Aunque dicha validez está sometida a la condición de su previsión legal, pues el aislamiento deberá estar limitado al periodo de tiempo determinado expresamente por la ley, y deberá en todo caso garantizarse al incomunicado una defensa efectiva, así como el derecho a cuestionar la legalidad de la detención⁵³.

V.5.3.7.4 Derecho a reunirse con su defensor en estricta confidencialidad (art. 95.9 CPP)

Forma parte del contenido de este derecho el reconocimiento de la entrevista reservada con el letrado, precisamente para poder preparar desde el primer momento la estrategia defensiva.

Es una de las manifestaciones del contenido del derecho a la asistencia letrada que prevé el art. 95.5 CPP. Asistencia letrada que es preceptiva, por lo que si el arrestado no puede pagar los servicios de un defensor particular el Estado asume la obligación de proporcionarle uno. El

49 SALIDO VALLE, C., *La detención policial*, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1997, p. 292.

50 QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Asistencia letrada al detenido*, Edit. Atelier, Barcelona, 1999, p. 75.

51 El art. 527 LECrim reconoce al incomunicado los mismos derechos que al arrestado con las siguientes modificaciones: a) en todo caso, el Letrado será designado de oficio, b) no tendrá derecho a la comunicación y c) tampoco tendrá derecho a la entrevista reservada con su letrado. En todo caso la incomunicación es una medida excepcional prevista para supuestos de especial gravedad, como la delincuencia terrorista. 52 STCE 196/1987, de 11 diciembre.

52 STCE 196/1987, de 11 diciembre.

53 SCIDH caso SUÁREZ ROSERO contra Ecuador, 12 noviembre 1997, párrafo 51.

nacimiento de este derecho se produce desde el mismo momento del arresto, entendemos que esa debe ser la interpretación de la expresión “desde el primer momento del procedimiento” que utiliza el art. 95.5 CPP. El término “procedimiento” debe ser entendido en un sentido amplio comprensivo no sólo de la investigación preliminar llevada a cabo por el ministerio público sino también las actuaciones previas desarrolladas en sede policial, pues el arresto conlleva por sí mismo una *imputación material* de un hecho delictivo. Los agentes o autoridades que practiquen el arresto deberán informarle inmediatamente del derecho de ser asistido por letrado, sin que puedan tomar declaración al arrestado sin la presencia y asistencia del letrado. El texto procesal penal prevé la posibilidad de que el letrado pueda participar en las diligencias preliminares que lleva a cabo la policía (art. 227, último párrafo, CPP).

En cuanto a su contenido, la asistencia letrada no debe limitarse simplemente a la presencia de letrado, sino que debe reclamarse y fomentarse una asistencia activa, real y eficaz, con la finalidad de preparar desde el primer momento del arresto una defensa efectiva. Una de las funciones del letrado será comprobar que el arrestado ha sido informado efectivamente de sus derechos, así como constatar que el arresto practicado se ajusta a alguno de los supuestos legalmente previstos.

La asistencia letrada no solo cumple una función de *asesoramiento técnico* sino también una función *tuitiva*, asegurando la indemnidad física y moral del arrestado. La STCE 196/1987, de 11 diciembre, en su fj. 5º afirma que la asistencia letrada “responde a la finalidad de asegurar con su presencia personal, que los derechos constitucionales del detenido sean respetados, que no sufra coacción o trato incompatible con su dignidad y libertad de declaración y que tenga el debido asesoramiento técnico sobre la conducta a observar en los interrogatorios, incluida la de guardar silencio, así como sobre su derecho a comprobar, una vez realizados y concluidos con la presencia activa del letrado, la fidelidad de lo transcrito en el Acta que se le presenta a la firma”⁵⁴.

Aunque nada dice la ley acerca del momento en que debe tener lugar esa reunión confidencial entre el arrestado y su letrado, estimamos que la misma debe realizarse con carácter previo a la propia toma de declaración (policial, fiscal o judicial). La finalidad de esa entrevista, como hemos adelantado, es que desde los primeros momentos del arresto pueda diseñarse ya la estrategia defensiva a seguir por parte del arrestado y su letrado, optando por decidir si se acoge a su derecho a no declarar o, por el contrario, planificar cual deba ser el contenido de esa declaración. Esta solución es la única coherente con la configuración de la declaración del arrestado como medio de defensa. Esta función sólo podrá cumplirse si se garantiza al arrestado el asesoramiento legal de su letrado con carácter previo a la toma de declaración, fortaleciéndose de esta forma la garantía del derecho a la no autoincriminación prevista en el art. 95.6 CPP.

La confidencialidad es una de las notas esenciales de esta entrevista entre el arrestado y su Letrado, de tal forma que nadie deberá oírlos ni coartarlos⁵⁵.

54 Vid., también, STCE 21/1997, de 10 febrero, fj. 5º.

55 QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Asistencia letrada...*, cit., pág. 103.

V.5.3.7.5 Derecho a ser informado de las razones y de los hechos que motivaron el arresto

Aunque no se menciona expresamente en el texto legal el arrestado tiene derecho a que se le informe no sólo de los hechos, tal como prevé el art. 95.I CPP, aunque referido al imputado, sino también de las *razones* que motivaron el arresto. Así, lo exige expresamente el art. 9.2 PIDCP al establecer que “toda persona detenida será informada, en el momento de su detención, de las razones de la misma...”.⁵⁶ Como establece el referido precepto del texto procesal penal la enumeración de derechos que contiene no es limitativa⁵⁷, por lo que deberá integrarse con lo dispuesto en los demás preceptos del código procesal penal y en los textos internacionales. Además, estimamos que en el término *imputado*, empleado por el referido art. 95.I CPP, debe entenderse incluido el arrestado, pues todo arresto conlleva ya una imputación material al exigir la concurrencia de indicios de criminalidad.

La información sobre las razones o motivos del arresto tiene como finalidad que el arrestado pueda conocer y valorar la legalidad y no arbitrariedad de la medida a efectos, en su caso, de impugnarla judicialmente.

El contenido de la información debe ser doble: por un lado, los hechos esenciales objeto de imputación, lo que obliga a realizar una provisionalísima calificación jurídicopenal de los mismos por parte de los agentes policiales actuantes. Por otro lado, hay que informarle, también, de las razones que motivan el arresto, esto es, del porqué de la privación de libertad personal⁵⁸. La STEDH caso IRLANDA contra Reino Unido, de 18 enero 1978, estimó que se había vulnerado el art. 5.2 CEDH por cuanto no se informaba a los interesados del motivo de su detención, limitándose en general, a decirles que se basaba en la legislación de excepción, sin facilitarles más detalles a este respecto.

La información de los derechos, de los hechos y de las razones del arresto debe hacerse de forma inmediata⁵⁹. Inmediatez que exige el propio art. 95 CPP cuando establece que “el ministerio público y los demás funcionarios encargados de cumplir la ley, así como los jueces, tienen la obligación de hacer saber al imputado de manera inmediata y comprensible sobre sus derechos”.

56 El art. 5.2 CEDH declara que “toda persona detenida preventivamente debe ser informada, en el plazo más breve posible y en una lengua que comprenda, de los motivos de su detención y de cualquier acusación formulada contra ella”.

57 Entre otros, debería haberse reconocido al arrestado el derecho a ser reconocido por un médico.

58 La STEDH caso FOX, CAMPBELL y HARTLEY contra Reino Unido, de 30 de agosto de 1990, afirma, en su apartado 40, que “el apartado 2 del artículo 5 define una garantía elemental: toda persona detenida debe conocer por qué. Forma parte del régimen de protección que proporciona el artículo 5 en su conjunto, y obliga a notificarle, en palabras sencillas y corrientes, los fundamentos legales y de hecho de su privación de libertad, para que pueda discutir su legalidad ante un órgano judicial de acuerdo con el apartado 4”. Si bien en un primer momento cuando la policía detuvo a los recurrentes se limitó a comunicarles que lo hacía por considerarles sospechosos de terrorismo, lo que no cumplía las exigencias del art. 5.2 CEDH, sin embargo, posteriormente la policía interrogó a cada recurrente sobre su presunta participación en acciones delictivas concretas y su supuesta pertenencia a organizaciones prohibidas, por lo que concluye el TEDH “No hay ninguna razón para creer que no pudieron comprender de esta manera los motivos de su privación de libertad. Por consiguiente, se les dijo durante los interrogatorios por qué se les consideraba sospechosos de terrorismo”. Vid., también, STEDH caso DIKME contra Turquía, de 11 julio 2000, apartados 51-57.

59 El art. 9.2 PIDCP utiliza el término “sin demora”. También el art. 7.4 CADH. El art. 5.2 CEDH se refiere al “más breve plazo”. En relación con este último la STEDH caso VAN DER LEER, de 21 febrero 1990, estimó que se había producido una violación del art. 5 porque a la recurrente, internada en un hospital psiquiátrico, se le había comunicado la resolución judicial que ordenaba su privación de libertad, 10 días después de haberse dictado (buscar).

Para determinar la suficiencia e inmediatez de la información deberá atenderse a las específicas circunstancias de cada caso⁶⁰.

Sin perjuicio de que esa información deba hacerse oralmente en el momento de practicar el arresto para garantizar un conocimiento inmediato por parte del arrestado, debería exigirse, en todo caso, que dicha información se realizara por escrito, mediante la entrega al arrestado de una "carta de derechos", dejando constancia fehaciente de su realización⁶¹.

El que la información sea comprensible exige que su transmisión se realice en una lengua que el arrestado comprenda⁶². Exigencia que conecta con el derecho a ser asistido gratuitamente por un intérprete cuando no comprenda o no hable la lengua empleada por los agentes policiales o autoridades. Aunque este derecho no aparezca mencionado en el art. 95 CPP debe estimarse aplicable al arrestado la previsión contenida para el imputado en el art. 18 CPP según el cual "El estado tiene la obligación de proporcionar un intérprete al imputado para que le asista en todos los actos necesarios para su defensa, si éste muestra incompreensión o poco dominio del idioma español", pues como ya hemos dicho en otras ocasiones todo arresto conlleva una imputación material.

Además, los agentes policiales y las autoridades públicas deben asegurarse de que el arrestado comprende el alcance de la información ofrecida, por lo que deberá hacerse en términos inteligibles para el destinatario, esto es, mediante el empleo de palabras sencillas, corrientes y asequibles⁶³.

V.5.3.7.6 Derecho a guardar silencio y a no autoincriminarse

Este derecho corresponde no solo al arrestado sino a toda persona imputada en un proceso penal, esté o no arrestada⁶⁴. Específicamente el art. 95.6 CPP reconoce a todo imputado el derecho a no autoincriminarse, así como el derecho a guardar silencio sin que esto le perjudique o sea utilizado en su contra⁶⁵.

El mantenimiento o prolongación de la situación de arresto no puede fundamentarse exclusivamente en la necesidad de tomar declaración al arrestado cuando éste ya ha manifestado desde el primer momento su voluntad de no declarar y de guardar silencio.

V.5.3.7.7.1 Manifestaciones espontáneas: valor probatorio

Por su carácter problemático, una de las cuestiones que merecen atención es si el derecho al

60 STEDH caso FOX, CAMPBELL y HARTLEY contra Reino Unido, de 30 agosto 1990, apartados 40-42; entre el momento del arresto y el interrogatorio policial habían transcurrido unas cuatro horas.

61 STEDH caso LAMY contra Bélgica, de 30 marzo 1989, apartados 31-32.

62 Art. 5.2 CEDH en sede de detención preventiva.

63 SSTEDH caso FOX, CAMPBELL y HARTLEY, contra Reino Unido, de 30 agosto 1990, apartado 40; DIKME contra Turquía, de 11 julio 2000, apartado 53.

64 Vid. art. 14.3.g) PIDCP; art. 8.3.g) CADH; y art. 8.2.i) CRD. La CE de 1978 reconoce en su art. 17.3 que ninguna persona detenida puede ser obligada a declarar; y el art. 24.2 reconoce el derecho de todo imputado a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable.

65 Vid. Art. 520.2.a) LECrim, específicamente para el detenido.

silencio se opone a la valoración probatoria de las manifestaciones espontáneas y, por tanto, nunca inducidas por terceros, que realiza la persona arrestada en los primeros momentos del arresto.

Dos son las situaciones que debemos distinguir:

- a. Si tales manifestaciones espontáneas son realizadas con carácter previo a la información de los derechos, especialmente del derecho a guardar silencio, estando ya el sospechoso materialmente arrestado, esto es, privado de libertad, no tendrán ningún valor o eficacia probatoria, ni podrán ser utilizadas para destruir la presunción de inocencia.
- b. Cuando dichas manifestaciones se realizan con posterioridad a la información de derechos, y siempre que el agente policial se haya asegurado que el arrestado comprende el alcance de los mismos, podrán ser tenidas en cuenta para formar el juicio fáctico. No obstante su valor probatorio, cuando no concurren otros indicios corroborantes de contenido incriminatorio, será más bien escaso o prácticamente nulo.

El agente policial deberá plasmar en el informe policial las manifestaciones concretas realizadas por el arrestado y las circunstancias en que las mismas se realizaron⁶⁶.

V.5.3.7.2 Valor probatorio del silencio

Del ejercicio del derecho al silencio por aparte del arrestado o imputado no pueden derivarse consecuencias negativas o perjudiciales. Por tanto, el silencio del arrestado nunca podrá ser utilizado como indicio de culpabilidad. Su valoración como indicio incriminatorio supondrá una inversión de la carga de la prueba contraria a la presunción de inocencia, al exigir al arrestado o imputado una actuación positiva encaminada a acreditar su inocencia. Con claridad se pronuncia el art. 95.6 CPP cuando proclama que el silencio nunca puede perjudicar o ser utilizado en contra del imputado.

⁶⁶ Vid. art. 277 CPPRD.

CASO: Sobre el valor indiciario del silencio del arrestado

Objetivo formativo: Identificar la validez y la calidad de los indicios para fundamentar una medida de coerción personal y si el silencio puede ser utilizado con un valor indiciario.

Descripción del supuesto fáctico planteado: en la noche del día 5 de marzo de 2005, en un pueblo de escasos habitantes, tuvo lugar el atropello del peatón E.R., que falleció en el acto, dándose a la fuga el conductor del vehículo causante del mismo. Un testigo ocular de los hechos facilitó a la policía el modelo y el número de matrícula del vehículo, aunque no pudo aportar ningún dato sobre la identidad del conductor, ni siquiera si era hombre o mujer. Las investigaciones policiales permitieron identificar al titular del vehículo siendo este la señora G.A, de 68 años de edad, localizándose el vehículo aparcado en la puerta del domicilio de la propietaria. En su declaración manifestó que ella no había conducido esa noche el vehículo, que el coche era de uso familiar utilizado por los diferentes miembros de la familia, y que con ella vivían dos hijos mayores de edad, un chico, de 23 años, J. M, y una chica de 25 años, M. M. Que esa noche su hijo no había dormido en casa mostrando a los agentes policiales la habitación de su hijo, en la que la cama parecía no haber sido utilizada.

Tras su localización la policía tomó declaración al hijo J. M. considerándole conductor habitual del vehículo; éste se declaró “no culpable”, manifestando que esa noche no había conducido el vehículo y se negó a añadir nada más. La hermana se negó a declarar en su calidad de pariente.

En el informe policial se afirmaba que todas las sospechas se dirigían contra J. M., pues era de conocido por todos que él era el que utilizaba principalmente el vehículo en cuestión; añadiendo que además no se encontraba en el domicilio tras el accidente y que no había regresado con posterioridad, no siendo localizado hasta doce horas después, lo que evidenciaba que posiblemente el sospechoso se encontraba esa noche bajo la influencia de bebidas alcohólicas, de ahí que no regresara a casa tras el accidente.

El ministerio público solicita la imposición de una medida de coerción sobre la base de tales datos policiales, añadiendo además que el sospechoso tuvo la oportunidad de ofrecer una versión diferente de los hechos, aportando las pruebas de descargo que tuviera en su poder y que se negó a ello.

Análisis de la calidad de las sospechas y de la valoración del silencio del imputado como elementos fundamentadores de la medida de coerción solicitada. El caso está basado en la *STEDH caso TELFNER contra Austria*, de 20 marzo 2001.

V.5.3.7.7.3 Prohibición de técnicas o métodos que constriñan o alteren la voluntad

El CPP ha optado, con buen criterio, por prohibir la utilización de técnicas o métodos como el narcoanálisis o el suero de la verdad, la hipnosis o el polígrafo, en línea con las prohibiciones contempladas en la mayoría de los códigos procesales penales modernos. En una breve exposición de Derecho Comparado encontramos una norma prohibitiva similar en el art. 188 CPP italiano de 1988 cuando establece que “no podrán ser utilizados, tampoco con el consentimiento de la

persona interesada, métodos o técnicas capaces de influir en la libertad de autodeterminación o de alterar la capacidad de recordar o de valorar los hechos”. El Código Procesal Penal de la República de El Salvador de 1996 menciona como derecho del imputado el de no ser sometido a técnicas o métodos que induzcan o alteren su libre voluntad (art. 87.7). Y el art. 262 del mismo texto procesal penal menciona como métodos prohibidos para la declaración del imputado la administración de psicofármacos, los sueros de la verdad, el polígrafo y la hipnosis. Idéntica prohibición encontramos en el art. 126 CPP portugués y en el parágrafo 136a StPO alemana.

No solo el art. 95.6 CPP contiene dicha prohibición sino que de forma más detallada el art. 107, bajo el epígrafe *Métodos prohibidos*, declara que: “También están prohibidas todas las medidas que menoscaben su libertad de decisión, su memoria o capacidad de comprensión y dirección de sus actos; en especial, las violencias corporales o psicológicas, la tortura, el engaño, la administración de psicofármacos o cualquier sustancia que disminuya su capacidad de comprensión o altere su percepción de la realidad, como los sueros de la verdad, detectores de mentiras y la hipnosis”.

Tales métodos deben considerarse prohibidos aun cuando el arrestado consienta su utilización⁶⁷. Por ello, los resultados obtenidos deberán ser considerados como un supuesto de ilicitud probatoria. A esta conclusión debe llegarse por aplicación del art. 110 CPP al establecer que “la inobservancia de los preceptos relativos a la declaración del imputado impiden que se la utilice en su contra, aun cuando se haya infringido alguna regla con su consentimiento”. Ningún valor probatorio podrá conceder a los datos obtenidos con la aplicación de dichas técnicas o métodos, incluso cuando el arrestado se hubiere sometido voluntariamente a las mismas.

V.5.3.7.8 Derecho a ser presentado ante el juez o ministerio público sin demora y siempre dentro de los plazos que establece el Código Procesal Penal (art. 95.7 CPP)

Esta presentación debe realizarse, tal como exige el precepto, sin demora⁶⁸. El TEDH al interpretar el término “sin dilación” empleado en el art. 5.3 CEDH⁶⁹ considera que se cumpla con dicha exigencia cuando el detenido es conducido a presencia judicial dentro de un breve margen de tiempo⁷⁰.

V.5.3.7.9 Derecho a no ser presentado ante los medios de comunicación o ante la comunidad en forma que dañe su reputación o lo exponga a peligro (art. 95.8 CPP)

El TEDH en varios pronunciamientos ha censurado las declaraciones públicas efectuadas por las autoridades encargadas de la investigación penal cuando reflejan una opinión acerca de su culpabilidad antes de que la misma haya sido acreditada conforme a ley, pues, por una parte,

67 El art. 95.6 CPP de Nicaragua de 2001 expresamente declara que el imputado o acusado tiene derecho a “no ser objeto de técnicas o métodos que alteren su libre voluntad, incluso con su consentimiento”.

68 El art. 9.3 PIDCP declara que “toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales.....”. En idénticos términos art. 7.5 CADH.

69 El art. 5.3 CEDH declara que “toda persona detenida preventivamente o internada en las condiciones previstas en el párrafo 1, c) del presente artículo deberá ser conducida sin dilación a presencia de un juez o de otra autoridad habilitada por la ley para ejercer poderes judiciales.....”.

70 STEDH caso BROGAN contra Reino Unido, de 29 noviembre 1988, apartados 55 y ss.

incita al público a creer en ella y, por otra, prejuzga la apreciación de los hechos que corresponde realizar a los jueces competentes. Este tipo de declaraciones son contrarias al derecho a la presunción de inocencia⁷¹.

En la misma línea, la SCIDH caso CANTORAL BENAVIDES contra Perú, de 18 agosto 2000, apreció la existencia de vulneración de la presunción de inocencia del art. 8.2 CADH, por el hecho de que el arrestado había sido exhibido ante los medios de comunicación social vestido con un infamante “traje a rayas”, como integrante del PCPSL y como autor de un delito de traición a la patria, cuando aún no había sido legalmente procesado ni condenado⁷².

DERECHOS DEL ARRESTADO. CUADRO COMPARATIVO

Catálogo de Derechos según la LECrim Española	Catálogo de Derechos según el CPP 2002 de la República Dominicana
Derecho a ser informada, de modo comprensible, y de forma inmediata, de los hechos que se le imputan y de las razones motivadoras de su privación de libertad, así como de los derechos que le asisten (art. 520.2 LECrim).	Derecho a ser informado del hecho que se le atribuye, con todas las circunstancias de tiempo, lugar y modo, en la medida conocida... (art. 95.1 CPP) El ministerio público y los demás funcionarios y agentes y los jueces tienen la obligación de hacer saber al imputado de manera inmediata y comprensible, sobre sus derechos (art. 95, párrafo segundo, CPP)
Derecho a guardar silencio, no declarando si no quiere, a no contestar alguna o algunas preguntas que le formulen, o a manifestar que sólo declarará ante el juez (art. 520.2.a) LECrim)	Guardar silencio en todo momento sin que esto le perjudique o sea utilizado en su contra. En ningún caso puede ser sometido a malos tratos o presión para que renuncie a este derecho ni ser sometido a técnicas o métodos que constriñan o alteren su voluntad (art. 95.6 CPP)
Derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable (art. 520.2.b) LECrim)	No autoincriminarse (art. 95.6 CPP)
Derecho a designar abogado y a solicitar su presencia para que asista a las diligencias policiales y judiciales de declaración e intervenga en todo reconocimiento de identidad de que sea objeto. Si el detenido no designara abogado, se procederá a la designación de oficio (art. 520.2.c) LECrim)	Ser asistido desde el primer acto del procedimiento por un defensor de su elección, y a que si no puede pagar los servicios de un defensor particular el Estado le proporcione uno (art. 95.5 CPP)
Derecho a que se ponga en conocimiento del familiar o persona que desee, el hecho de la detención y el lugar de custodia en que se halle en cada momento. Los extranjeros tendrán derecho a que las circunstancias anteriores se comuniquen a la oficina consular de su país art. 520.2.d) LECrim)	Comunicarse de modo inmediato con una persona de su elección y con su abogado para notificarles sobre su arresto y a que le proporcionen los medios razonables para ejercer ese derecho (art. 95.4 CPP)

71 Vid. SSTEDH caso ALLENET DE RIBEMONT contra Francia, de 10 febrero 1995; caso BUTKEVICIUS contra Lituania, de 26 marzo 2002.

72 Vid. apartados 119-120 de dicha sentencia. También SCIDH caso LORI BERENSON MEJÍA contra Perú, de 25 noviembre 2001, apartados 158-161.

Derecho a ser <i>asistido gratuitamente por un intérprete</i> , cuando se trate de extranjero que no comprenda o no hable el castellano (art. 520.2.e) LECrim)	Obligación del Estado de proporcionar un intérprete al <i>imputado</i> cuando este muestre incompreensión o poco dominio del idioma español (art. 18 CPP)
Obligación de los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado de velar por la vida e integridad física de las personas a quines detuvieren, y respetar el honor y la dignidad de las personas (art. 5.3.a) LOFCS ⁷³)	Recibir durante el arresto un <i>trato digno y</i> , en consecuencia, a que no se le apliquen métodos que entrañen violencia innecesaria o el uso excesivo y desproporcionado de la fuerza (art. 95.2 CPP)
Obligación de los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado de identificarse debidamente como tales en el momento de efectuar una detención (art. 5.3.a) LOFCS)	<i>Conocer la identidad</i> de quien realiza el arresto, la autoridad que lo ordena y bajo cuya guarda permanece (art. 95.3 CPP)
<i>Dentro de los plazos establecidos en la ley y, en todo caso, en el plazo máximo de 72 horas</i> el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial (art. 520.1, párrafo segundo, LECrim)	<i>Ser presentado ante el juez o el ministerio público sin demora y siempre dentro de los plazos que establece este código</i> (art. 95.7 CPP)
La detención deberá practicarse en la forma que menos perjudique al detenido en su <i>persona, reputación y patrimonio</i> (art. 520.1 LECrim)	No ser presentado ante los medios de comunicación o ante la comunidad en forma que dañe su <i>reputación</i> o lo <i>exponga a peligro</i> (art. 95.8 CPP)
Entrevista reservada del abogado con el detenido al término de la práctica de la diligencias en que hubiere intervenido (art. 520.6.c) LECrim)	Reunirse con su defensor en estricta confidencialidad (art. 95.9 CPP)

V.5.3.8 Control de legalidad del arresto policial

El control *inmediato* se concede al ministerio público, pues como hemos visto, la policía debe poner a la persona arrestada, sin *demora innecesaria*, a la orden del ministerio público. A éste último le corresponde examinar las condiciones del arresto policial, esto es, controlar su legalidad (procesal y material). El Ministerio Público deberá poner inmediatamente en libertad al arrestado si no se cumplen ninguno de los supuestos fácticos previstos en la ley o si el arresto se ha practicado vulnerando el procedimiento o las garantías legales establecidas. El art. 224 CPP dispone, en su párrafo último, que “en todos los casos el ministerio público debe examinar las condiciones en que se realiza el arresto. Si el arresto no resulta conforme con las disposiciones de la ley, dispone la libertad inmediata de la persona. . .”.

La ley le atribuye, también, al ministerio público la potestad disciplinaria (art. 224, in fine, CPP), para sancionar a los funcionarios policiales que actúen en contra de las disposiciones reguladoras del arresto, siempre obviamente que su conducta no sea constitutiva de delito, ya que entonces lo que procede es la incoación de la oportuna investigación penal.

No debemos olvidar el control jurisdiccional de toda privación de libertad, que incluye a los arrestos. Los textos internacionales de derechos humanos se refieren a esta revisión judicial de la

73 Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

privación de libertad como un auténtico derecho del arrestado o privado de libertad⁷⁴. El art. 15 CPP dispone que “toda persona que se encuentre privada de su libertad o amenazada de ello, de manera arbitraria o irrazonable tiene derecho a recurrir ante cualquier juez o tribunal a fin de que éste conozca y decida sobre la legalidad de tal privación o amenaza, en los términos que lo establece este código”.

El nuevo texto procesal penal admite dos vías jurisdiccionales de control. En primer lugar, el control de legalidad podrá ser realizado por el propio juez de la instrucción, a quien le corresponde comprobar la *calidad y suficiencia* de los indicios sobre los que descansa la medida de coerción privativa de libertad. En segundo lugar, este control puede efectuarse, también, por el juez de primera instancia a través del procedimiento especial de *hábeas corpus*, que analizaremos más adelante (arts. 381 y ss. CPP). Mediante este procedimiento se pretende poner a disposición inmediata de la autoridad judicial a toda persona detenida ilegalmente⁷⁵. Aunque tal como aparece configurado legalmente el alcance de dicho control se limita a la constatación de las formalidades legales y de competencia.

V.6 La prisión preventiva

V.6.1 Naturaleza y caracteres

La Exposición de Motivos del CPP señala que dicha medida en cuanto que es la intervención más grave que el Estado está autorizado a adoptar en ausencia de juicio, y que implica la privación total de libertad física sin un juicio definitivo, debe estar rodeada de las más estrictas garantías y reservas. La prisión preventiva es la modalidad más radical de intervención del Estado durante el desarrollo del proceso penal, pues incide en el núcleo del derecho a la libertad personal del sujeto.

La prisión preventiva no es una cuestión *ideológicamente* indiferente⁷⁶. En el sistema inquisitivo puro dominado por la ideología del orden la privación de libertad durante la tramitación del proceso era la regla general, asignando a la prisión preventiva fines similares a la pena de prevención general y especial. En el contexto de un Estado democrático de Derecho en donde la libertad es configurada constitucionalmente como un valor superior de todo el ordenamiento jurídico⁷⁷ la prisión preventiva debe estar presidida por el principio de excepcionalidad.

Su compatibilidad con la presunción de inocencia, en su concepción como regla de tratamiento del imputado, exige que dicha medida tenga un **carácter excepcional**⁷⁸. Excepcionalidad que es reconocida en la Resolución (65) 11, de 9 de abril, así como en la Recomendación R

74 Vid. arts. 9.4 PIDCP, 7.6 CADH, 5.4 CEDH.

75 STCE 62/1995, fj. 4º.

76 PRIETO RODRÍGUEZ, J. I., “De nuevo sobre la prisión provisional: las reformas de 2003”, *Revista de Derecho Penal*, n° 12, 2004, p. 16.

77 Vid. art. 1.1 CE.

78 Excepcionalidad que el art. 222 CPPRD predica de toda medida de coerción. La SSCJ 120- 2003, de 13 de noviembre, se refiere expresamente a este carácter excepcional de la prisión preventiva como medida cautelar (véase apartado 12).

(80) 11, de 27 de junio, ambas del Comité de Ministros del Consejo de Europa. En esta última se establece que “dada la presunción de inocencia en tanto no se demuestre su culpabilidad, ningún acusado deberá hallarse en situación de prisión preventiva, a no ser que las circunstancias hagan estrictamente necesaria dicha medida. Por tanto, la prisión preventiva deberá considerarse como medida excepcional y nunca deberá ser obligatoria ni utilizarse con fines punitivos”. Excepcionalidad reconocida, también, por la jurisprudencia del TCE lo que impone la vigencia del principio del *favor libertatis* o del *in dubio pro libertate*⁷⁹. La generalización del uso de la prisión preventiva es absolutamente inaceptable, pues conculca la presunción de inocencia y las garantías del debido proceso. Deben evitarse los denominados efectos perversos que puede ocasionar la medida de prisión preventiva. Así, JORGE BARREIRO denuncia que las decisiones a adoptar en el proceso en el futuro, tanto en sus aspectos procesales como en los sustantivos, van a estar precondicionadas por la aplicación de la medida cautelar⁸⁰. El juez o tribunal no es, por mucho que pretenda aparentarlo o intente seriamente conseguirlo, totalmente ajeno en sus resoluciones al hecho de que el encausado se halle o no privado de libertad. Continúa argumentado dicho autor que el juez de instrucción tiende a legitimar la adopción de la medida cautelar acentuando la práctica de las diligencias de investigación inculporatorias en detrimento de las diligencias exculporatorias. Y el juez o tribunal sentenciador se muestra poco sensible al peso de la pena que ya lleva cumplida el acusado en prisión provisional. Contingencia que acaba repercutiendo, aunque sea de forma inconsciente y encubierta, en aspectos fundamentales de su decisión, tanto en la propia apreciación probatoria como en la cuantía de la pena, que en no pocos casos acaba determinándose con la mira puesta en los plazos de la prisión preventiva.

La SCIDH, caso SUÁREZ ROSERO contra Ecuador, de 12 noviembre 1997, declara que “esta Corte estima que en el principio de presunción de inocencia subyace el propósito de las garantías judiciales, al afirmar la idea de que una persona es inocente hasta que su culpabilidad sea demostrada. De lo dispuesto en el artículo 8.2 de la Convención se deriva la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones y que no eludirá la acción de la justicia, pues la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva. Este concepto está expresado en múltiples instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos y, entre otros, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que dispone que la prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general (art. 9.3). En caso contrario se estaría cometiendo una injusticia al privar de libertad, por un plazo desproporcionado respecto de la pena que correspondería al delito imputado, a personas cuya responsabilidad criminal no ha sido establecida. Sería lo mismo que anticipar una pena a la sentencia, lo cual está en contra de principios generales del derecho universalmente reconocidos”⁸¹.

Estamos ante una medida de **naturaleza cautelar** que tiende a garantizar la comparecencia o presencia del acusado al acto del juicio oral y a posibilitar, en última instancia, la ejecución de

79 SSTCE 88/1988, de 9 mayo; 156/1997, de 29 septiembre; 147/2000, de 29 mayo.

80 JORGE BARREIRO, A., “La reforma de la prisión provisional (Leyes Orgánicas 13 y 15 de 2003) y la doctrina del Tribunal Constitucional (I)”, *Jueces para la Democracia, Información y Debate*, núm. 51, noviembre/2004, pp. 37-38.

81 En la doctrina RAMOS MENDEZ, F., *El proceso penal...*, cit., pág. 124, nos dice que “aunque la prisión provisional es compatible con la presunción de inocencia, no por ello es dable perder de vista aquel fundamental principio constitucional. La presunción de inocencia aboga por el carácter excepcional de la medida, en relación con el único objetivo posible de la prisión provisional: asegurar la presencia del imputado en el proceso penal en relación con la ejecución. Ninguna otra finalidad es esgrimible como justificación de la medida. El desvío del fin esencial la convierte en represión anticipada y constitucionalmente vetada”. Sobre la compatibilidad entre la presunción de inocencia y la prisión preventiva vid. LLOBET RODRÍGUEZ, J., “La presunción de inocencia y la prisión preventiva (según la doctrina alemana)”, *Revista de Derecho Procesal*, n° 2, 1995, pp. 547 y ss.

la sentencia penal⁸². La prisión preventiva no puede ser utilizada como vía de imposición de un castigo o *sanción inmediata* ante la comisión de un hecho delictivo por muy grave que este sea⁸³, ni tampoco para la obtención de otros fines incompatibles con su naturaleza cautelar, como son la prevención general y especial⁸⁴.

La STCE 128/1995 (caso PSV-Sotos) contiene todo un **ideario constitucional de la prisión preventiva**, exigiendo:

- a. como *presupuesto*, la existencia de indicios racionales de la comisión de un hecho delictivo;
- b. como *objetivo*, la consecución de fines constitucionalmente legítimos y congruentes con la naturaleza cautelar de dicha medida;
- c. como *objeto*, que se la conciba, tanto en su adopción como en su mantenimiento, como una medida de aplicación subsidiaria, provisional y proporcionada a la consecución de los anteriores fines.

La prisión preventiva está mencionada en el art. 226.7 CPP como una de las medidas de coerción personales que puede imponer el juez, previa petición de las partes acusadoras. Está excluida la posibilidad de su adopción en las infracciones de acción privada (art. 226, penúltimo párrafo, CPP).

La prisión preventiva no podrá combinarse con otras medidas de coerción, como excepción a la posibilidad de su combinación autorizada por el art. 228 CPP.

En cuanto que afecta a un derecho fundamental, como es el derecho a la libertad personal, imponiendo su restricción, y no con un simple carácter provisionalísimo o interino como en el caso del arresto, una característica esencial de la prisión preventiva es su sometimiento al principio de exclusividad jurisdiccional (cfr. art. 226 CPP)⁸⁵.

La aplicación del principio de legalidad a la prisión preventiva (*nulla custodia sine lege*) exige que solo pueda acordarse cuando concurren los motivos o presupuestos que justifican su adopción y conforme al procedimiento previsto legalmente⁸⁶.

82 Vid., entre otras, SSTCE 29/2001, de 29 enero; 60/2001, de 26 febrero. La menciona SSCJ n° 1920-2003, de 13 de noviembre, declara expresamente, en su apartado 12, que "permitiéndose el estado restrictivo de libertad como medida cautelar; temporal y dentro del plazo razonable, no como sanción anticipada capaz de lesionar el principio de inocencia; sino, como una medida cautelar excepcionalmente admitida cuando concurren razones suficientes para acordar la prisión preventiva. Estas razones deben fundarse, entre otros elementos, en la presunción de fuga o más bien en la certeza de que el individuo se sustraerá a los actos del procedimiento o al juicio".

83 La STCE 156/1997, de 29 septiembre, nos dice que "el hecho de que el imputado haya de ser considerado no culpable, obliga a no castigarle por medio de la prisión preventiva".

84 LLOBET RODRÍGUEZ, J., "Presunción de inocencia y prisión preventiva (según la doctrina alemana)", Revista de Derecho Procesal, n° 2, 1995, pág. 556. En la doctrina norteamericana THAMAN S. T., "Detención y prisión provisional en los Estados Unidos", Revista de Ciencias Jurídicas, núm. 4, septiembre 2004, pág. 250, denuncia que la prisión preventiva es utilizada como medida de presión sobre el imputado para que acepte una resolución basada en el *pleabargaining*.

85 La STCE 47/2000, afirma que "Aunque la Constitución no imponga expresamente la judicialidad de esta medida, es lo cierto que la doctrina de este Tribunal la ha afirmado reiteradamente desde la perspectiva de que toda medida restrictiva de derechos fundamentales requiere una decisión judicial motivada".

86 Vid. art. 9.1 PIDCP; art. 7.2 CADH. La STCE 82/2003, de 5 mayo, dispone, en su f. 3º, que la regla *nulla custodia sine lege* obliga a que la decisión judicial de decretar; mantener o prorrogar la prisión provisional está prevista en uno de los supuestos legales (uno de los "casos" a que se refiere el art. 17.1 CE), y se adopte mediante el procedimiento legalmente regulado (en la "forma" mencionada en el mismo precepto constitucional)". También, STCE 121/2003, de 16 junio.

V.6.2 Presupuestos

Deben concurrir los presupuestos comunes a todas las medidas de coerción contemplados en el art. 227 CPP por remisión expresa del art. 234 CPP. En este último precepto se alude al criterio de necesidad que debe presidir la adopción de toda medida de prisión preventiva, como exigencia dimanante del principio de proporcionalidad. El juez deberá examinar no sólo si concurren los presupuestos materiales que justifican su adopción (*fumus commisi delicti y periculum in mora*⁸⁷), sino también si existe alguna otra medida alternativa menos gravosa para el derecho a la libertad que sea eficaz, esto es, que asegure razonablemente el cumplimiento de los fines de la prisión preventiva sin que suponga un sacrificio del derecho fundamental a la libertad (**principio de subsidiariedad**). Dicha medida debe estar objetivamente justificada para obtener el cumplimiento de los fines constitucionales que la legitiman, debiendo adoptarse en otro caso la alternativa menos gravosa para el derecho fundamental. Específicamente el art. 234 CPP declara que "... la prisión preventiva sólo es aplicable cuando no pueda evitarse razonablemente la fuga del imputado mediante la imposición de una o varias de aquellas que resulten menos gravosas para su persona"⁸⁸.

La necesidad de la medida entraña el cumplimiento de dos exigencias constitucionales: por un lado, su excepcionalidad, esto es, en un sociedad democrática la prisión preventiva no puede convertirse en regla general; y de otro, es indispensable también para la adopción de la medida la existencia de una imputación grave que haga racionalmente presumir el peligro de fuga. La aplicación del art. 227 CPP exige que la infracción esté castigada con pena privativa de libertad; pero ello estimamos que no debería ser suficiente. Así, habría que descartar la adopción de la prisión preventiva en todos aquellos casos en que pudieran ser de aplicación las normas sobre suspensión o sustitución de la pena⁸⁹.

Su naturaleza cautelar obliga a que los presupuestos que fundamentan su adopción tengan también una naturaleza cautelar (*presupuestos cautelares*). Por tanto, la gravedad del hecho delictivo atribuido al imputado no puede por sí sola justificar la prisión preventiva, sino que precisa ser combinada con otros estándares, tales como los que acrediten el arraigo (familiar, social, laboral...) del imputado⁹⁰.

87 Vid. art. 227 CPPRD. En España el art. 503 LECrim exige, entre otros requisitos, "que aparezcan en la causa motivos bastantes para creer responsable criminalmente del delito a la persona contra quien se haya de dictar el auto de prisión". El CPP italiano alude en su art. 273 a la necesidad de que concurren "gravi indizi di colpevolezza". En la doctrina, JORGE BARREIRO, A., "La reforma de la prisión provisional...", cit., p. 42, señala que el juicio de imputación que ha de realizarse para acordar la prisión provisional debe contener un elevadísimo índice de certidumbre y verosimilitud acerca de la intervención del encausado en el hecho delictivo. Pues si va a sufrir la privación de libertad, aunque sea con fines meramente cautelares y de índole procesal, no cabe operar con meras posibilidades razonables de que haya ejecutado el delito.

88 El art. 502.2° LECrim proclama que "se adoptará cuando sea objetivamente necesaria... y cuando no existan otras medidas menos gravosas para el derecho a la libertad a través de las cuales puedan alcanzarse los mismos fines que con la prisión provisional". Vid. STCE 23/2002, de 28 enero.

89 HERRERO-TEJEDOR ALGAR, F., "El Tribunal Constitucional y la nueva regulación legal de la prisión provisional", *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, núm. 5, 2004, p. 24. HERRERO-TEJEDOR ALGAR, F., "El Tribunal Constitucional y la nueva regulación legal de la prisión provisional", *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, núm. 5, 2004, p. 24.

90 SSTEDH caso LETELLIER contra Francia, de 26 junio 1991, apartado 43; caso TOTH contra Austria, de 12 diciembre 1991, apartados 71-72; caso CLOOTH contra Bélgica, de 12 diciembre 1991, apartados 47-48.

La legalidad de la prisión preventiva no consiste simplemente en cumplir con las exigencias formales establecidas en la ley, sino que alcanza a: a) la razonabilidad de las sospechas que motivan la prisión, b) la legitimidad del propósito que se persigue con la medida y c) la justificación de su continuidad.

Sin fundada sospecha acerca del riesgo o peligro de fuga del imputado no puede justificarse la prisión preventiva, pues su finalidad esencial es asegurar la futura presencia del acusado a la llamada para la celebración del juicio oral⁹¹. Es cierto que uno de los factores relevantes para constatar la presencia de un peligro de fuga es la gravedad de los hechos delictivos objeto de imputación pero, como hemos dicho, este factor no es por sí solo suficiente para creer que el sujeto va a sustraerse a la acción de la justicia. La gravedad de la pena correspondiente al delito objeto de imputación puede legitimar *ab initio* la adopción de la prisión preventiva, pero a mayor tiempo de permanencia en prisión preventiva menor riesgo de fuga, lo que obliga al juez a revisar de oficio la duración de la prisión como exige el TEDH⁹².

La permanencia o mantenimiento de la situación de prisión preventiva no puede legitimarse indefinidamente por la única circunstancia de la gravedad del hecho delictivo imputado. La STCE 128/1995, de 26 julio, afirma, en su fj. 4º, que “el mero transcurso del tiempo, al margen de propiciar la aparición de circunstancias sobrevenidas, va disminuyendo el peligro de fuga puesto que si bien es cierto que la gravedad de la pena que amenaza al imputado podría constituir en un primer momento razón suficiente para afirmar un peligro efectivo y relevante de fuga, no contrarrestable con otras medidas de aseguramiento de menor intensidad coactiva, también lo es que este argumento se debilita por el propio paso del tiempo y la consiguiente disminución de las consecuencias punitivas que puede sufrir el preso... Es más, incluso el criterio de la necesidad de ponderar, junto a la gravedad de la pena y la naturaleza del delito, las circunstancias personales y del caso, puede operar de forma distinta en el momento inicial de la adopción de la medida, que cuando se trata de decidir el mantenimiento de la misma al cabo de unos meses. En efecto en un primer momento, la necesidad de preservar los fines constitucionalmente legítimos de la prisión provisional –p. e. evitar la desaparición de pruebas–, así como los datos de los que en ese instante cuenta el instructor, pueden justificar que el decreto de la prisión se lleve a cabo atendiendo solamente al tipo de delito y gravedad de la pena; no obstante, el transcurso del tiempo modifica estas circunstancias y, por ello, en la decisión del mantenimiento de la medida deben ponderarse inexcusablemente los datos personales así como los datos del caso concreto”⁹³. En definitiva, el transcurso del tiempo hace que el mantenimiento de la medida de prisión preventiva no pueda basarse exclusivamente en dicha presunción de gravedad, sino que deben valorarse las circunstancias personales, familiares, laborales y sociales del imputado, a los efectos de constatar la existencia o no de riesgo de fuga⁹⁴.

91 STCE 33/1999, de 8 marzo.

92 SSTDH caso FOX, CAMPBELL y HARTLEY contra Reino Unido, de 30 agosto 1990; caso LOUKANOV contra Bulgaria, de 20 marzo 1997.

93 Vid., también, SSTCE 156/1997, de 29 septiembre; 33/1999, de 8 marzo; 47/2000, de 17 febrero. En la misma línea, SSTDH caso NEUMEISTER contra Austria, de 27 junio 1968, apartado 10; caso TOMASI contra Francia, de 27 agosto 1992, apartados 86 y ss.; caso W contra Suiza, de 26 enero 1993; caso DEBBOUD contra Francia, de 9 noviembre 1999, apartado 39; caso KLAMECKI contra Polonia, de 3 abril 2003, apartados 118 y ss. La STEDH caso WESOLOWSKI contra Polonia, de 22 junio 2004, afirma en su apartado 52 que “la persistencia de los motivos para sospechar que la persona en prisión ha cometido un delito es una condición “sine qua non” de la legalidad del mantenimiento en prisión, pero al cabo de cierto tiempo ya no es suficiente”; en el presente caso se estimó que ni la complejidad del asunto, ni las necesidades de la investigación ni el hecho de que el inculcado estuviese acusado de un delito que constituía una seria amenaza para la sociedad justificaban una permanencia en prisión preventiva de tres años, dos meses y 8 días. Informe ComIDH n° 2/1997, de 11 de marzo, apartados 26-31.

94 Vid. SSTCE 62/1996, de 15 abril, fj. 5º; 94/2001, de 2 abril, fj. 5º; 142/2002, de 17 junio, fj. 3º y 4º. Entre las circunstancias a tener en cuenta el TCE se ha referido, por ejemplo, a la salud del imputado (STCE 60/2001, de 26 febrero) y a los contactos



Se propone como ejercicio la lectura de las SSTCE 128/1995 y 47/2000, con la finalidad de identificar los presupuestos y los fines que constitucionalmente legitiman la adopción y el mantenimiento de la medida de prisión preventiva. Tras su lectura por los participantes en el seminario se procedería a su debate y discusión de forma conjunta.

Sería interesante aportar resoluciones dictadas por los tribunales nacionales dominicanos e identificar las razones invocadas como fundamento de la imposición y mantenimiento de la situación de prisión preventiva, a los efectos de determinar si se ajustan o no a los fines que constitucionalmente deben legitimar dicha medida.

No resulta admisible que los órganos jurisdiccionales establezcan una presunción de riesgo de fuga en el caso de delitos que sobrepasen un cierto umbral de gravedad, imponiendo al imputado o acusado la carga de probar su inexistencia mediante la invocación de circunstancias excepcionales (como por ejemplo, una enfermedad grave) 95.

Ver cuadro en la siguiente página

internacionales (STCE 146/2001, de 18 junio). Para el TEDH no tener en cuenta estas circunstancias conlleva una violación del art. 5.3 CEDH. Vid. STEDH caso KUDLA contra Polonia, de 26 octubre 2000, apartados 111 y ss.

- 95 EITEDH considera que ello es contrario al art. 5.3 CEDH: SSTEDH caso SHISHKOV contra Bulgaria, de 9 enero 2003, apartado 58-59. La STEDH caso NIKOLOV contra Bulgaria, de 30 enero 2003, apreció también una violación del art. 5.3 CEDH pues durante los tres meses de la detención del demandante las autoridades se basaron exclusivamente en la gravedad de las acusaciones que echaban sobre el acusado la carga de la prueba de que no había riesgo potencial para evitar la acción de la justicia, de volver a delinquir o de incurrir en rebeldía.

Se propone como ejercicio la lectura de las SSTCE 128/1995 y 47/2000 con la finalidad de identificar los presupuestos y los fines que constitucionalmente legitiman la adopción y el mantenimiento de la medida de prisión preventiva. Tras su lectura por los participantes en el seminario, se procedería a su debate y discusión de forma conjunta.

Sería interesante aportar resoluciones dictadas por los tribunales nacionales dominicanos e identificar las razones invocadas como fundamento de la imposición y mantenimiento de la situación de prisión preventiva, a los efectos de determinar si se ajustan o no a los fines que constitucionalmente deben legitimar dicha medida.

CASO PRIMERO: En la primera resolución acordada por el juez de la instrucción se venía a establecer lo siguiente: "... que en el presente caso concurren todos los requisitos mencionados en la ley, por cuanto de las actuaciones practicadas se desprende la existencia de un delito de robo con violencia o intimidación en las personas, existiendo en la causa méritos bastantes para estimar responsable criminalmente de dicho delito al imputado S.H.H., habiéndose solicitado por el ministerio público la imposición de la medida de prisión preventiva. Por todo ello procede decretar la medida de prisión preventiva de S.H.H."

Interpuesto recurso contra dicha resolución fue desestimado por resolución dictada por el mismo Juez de la instrucción, cuyo tener literal es el siguiente: "... las alegaciones formuladas por el letrado no desvirtúan las consideraciones en su día tenidas en cuenta para acordar la prisión provisional del imputado. En efecto, de las diligencias hasta ahora practicadas existen indicios suficientes en la causa para considerar al imputado S.H.H. presunto autor de un delito de robo con violencia o intimidación, que lleva una pena suficientemente grave, lo que, unido a la indudable alarma social que produce la comisión de este tipo de delitos, nos hacen pensar que son motivos bastantes para mantener la situación de prisión provisional inicialmente acordada. Concurren en el presente caso los requisitos para poder acordar el mantenimiento de la situación de prisión provisional. Consta en la causa la existencia de un hecho que presenta caracteres de delito. De las actuaciones practicadas existen indicios racionales de que los hechos que han dado origen a las mismas pueden ser constitutivos de un delito previsto y penado en....., al haber sido reconocido por L. T., víctima de los hechos. El delito tiene señalada pena de prisión y además se trata de delitos que crean una enorme alarma social. Aparecen también en la causa motivos bastantes para considerar al imputado responsable criminalmente de dicho delito".

Interpuesto recurso ante el órgano jurisdiccional superior fue nuevamente desestimado alegando que "el recurso no puede ser acogido: a) porque los argumentos del recurso no desvirtúan el auto impugnado, que de una forma detallada justifica, a resulta de las pruebas practicadas en las diligencias, las razones de la prisión provisional sin fianza acordada; b) porque teniendo en cuenta los hechos objeto de las diligencias, sin perjuicio de su ulterior valoración, por el momento presentan los caracteres de un delito de robo con violencia o intimidación de las personas, con la evidente alarma social que el mismo supone y la pena establecida de hasta cinco años de prisión, c) porque de las diligencias practicadas en la causa, según se recoge y razona en el auto recurrido, existen indicios determinantes de la participación en los hechos por parte del ahora recurrente".



CASO SEGUNDO: A raíz de las investigaciones realizadas se practicó una entrada y registro en el domicilio del imputado ocupándosele varios paquetes que contenían hachís, con un peso total de 1.400 gramos. En un primer momento el Juez acordó la prisión preventiva en atención a la gravedad de los hechos y a la pena que lleva aparejada el delito de tráfico de drogas objeto de imputación, junto a los elementos incriminatorios existentes contra el imputado, todo lo cual hace presumir la existencia de un riesgo de fuga.

Transcurridos tres meses el defensor del imputado solicita la libertad acreditando que el acusado tiene domicilio conocido y arraigo en su localidad de origen, en la que lleva viviendo toda su vida, junto a su familia, compuesta por su esposa y dos hijos menores de edad. Se alega, también, que el imputado carece de antecedentes policiales y penales.

El juez desestima la solicitud de libertad y acuerda el mantenimiento de la situación de prisión provisional argumentando que la investigación aun no ha finalizado y que las diligencias practicadas hasta el momento presente no hacen más que confirmar su participación en los hechos constitutivos de un delito grave, no solo por la pena que lleva aparejada sino por la repulsa social que este tipo de hechos delictivos produce.

Determinar en ambos casos si existió vulneración o no del derecho a la libertad personal del imputado

Además, no sólo deberá atenderse a la pena en abstracto que corresponda al delito imputado, sino que el órgano jurisdiccional deberá valorar, también, todas aquellas circunstancias que pueden determinar una atenuación de la pena: grado de ejecución, grado de participación y circunstancias genéricas y específicas modificativas de la responsabilidad criminal. La Circular de la Fiscalía General del Estado núm. 2/1996, afirmaba que “no puede olvidarse la doctrina del Tribunal Constitucional que ha precisado que no puede atenderse a la pena en abstracto, sino en concreto, es decir tomando en consideración las posibles atenuantes o grado de perfección delictiva o de participación”⁹⁶. En la doctrina JORGE BARREIRO nos dice que habrá de efectuarse un juicio inferencial sobre la pena imponible con arreglo a los datos fácticos subsumibles provisionalmente en los parámetros del marco legal concreto, interpretando siempre las dudas con arreglo al principio *pro libertate*, con el fin de no vulnerar los principios de proporcionalidad y excepcionalidad⁹⁷.

La regulación legal del nuevo texto procesal penal se completa con la previsión de determinados supuestos de exclusión de la medida de prisión preventiva. Así, el art. 234, párrafo segundo, CPP prohíbe la adopción de dicha medida de coerción en los casos siguientes: a) cuando el imputado sea mayor de 70 años, cuando en caso de condena no le sea imponible una pena mayor a cinco años de privación de libertad; b) mujeres embarazadas, c) madres durante la lactancia, o

96 Vid. STCE 9/1994, de 17 enero.

97 JORGE BARREIRO, A., “La reforma de la prisión provisional...”, cit., p. 41.

d) personas afectadas por una enfermedad grave y terminal⁹⁸. Estas exclusiones están basadas en criterios estrictamente humanitarios. En algunos casos, esta previsión deja entrever, también, la falta de acondicionamiento de las cárceles para garantizar unas adecuadas condiciones de seguridad e higiene (como sería el caso de las madres lactantes). No obstante, si en alguno de estos casos se apreciara la existencia de riesgo de fuga podrían adoptarse alguna de las medias de coerción personales menos ingerentes para el derecho a la libertad previstas en el art. 226 CPP, como podría ser el arresto domiciliario.

V.6.3 Fines constitucionalmente legítimos

La legitimidad constitucional de la prisión preventiva exige, como presupuesto, la concurrencia de *indicios racionales de la comisión de un hecho delictivo*, pero además, como objetivo, requiere la consecución de fines constitucionalmente legítimos y congruentes con su naturaleza cautelar. Entre estos fines, como hemos indicado, se incluye el evitar el riesgo de que el imputado se sustraiga a la acción de la justicia o la neutralización del peligro de fuga (*periculum in mora*)⁹⁹. El CPP menciona, como ya hemos indicado, como presupuesto para la adopción de la prisión preventiva la constatación de un riesgo de fuga u ocultación del imputado, de claro matiz cautelar. No obstante silencia otros fines que podrían alcanzarse con dicha medida, lo que plantea el debate acerca de su admisión en el proceso penal dominicano.

En el presente apartado debemos analizar si, además de este fin, existen otros que pueden fundamentar la adopción de la medida de prisión preventiva.

V.6.3.1 Exclusión de la alarma social

Con carácter general, el art. 228 CPP prohíbe la adopción de medidas de coerción “desnaturalizando su finalidad”. La aplicación de esta norma a la prisión preventiva prohíbe que pueda fundamentarse la misma en fines que no tengan naturaleza cautelar como sería la invocación de la *alarma social* ocasionada por la comisión del delito, de matriz netamente defensiva, pues supone atribuir a la prisión preventiva funciones de prevención general exclusivas de la pena¹⁰⁰, o con el fin de obtener una confesión del acusado, finalidad esta última de claras connotaciones inquisitivas¹⁰¹. La alarma social aparece definida como la reacción que se produce en la sociedad ante el delito, esto es, la repulsa ciudadana ante la comisión de ciertos hechos o la irritación social o inseguridad ciudadana provocada por la comisión de un hecho delictivo¹⁰². Cumple de esta forma una *función sedativa*, y apacigua el ansia vindicativa que toda acción delictiva de cierta entidad genera en el ciudadano¹⁰³. Mediante la prisión provisional no se puede perseguir un fin de anticipación de la

98 Vid. art. 275 CPP italiano que establece parecidas exclusiones. También el art. 183 CPP de Honduras.

99 Vid art. 227.2 CPPRD. El art. 503.I.3º.c) LECrim, menciona como fines legítimos que puede perseguir la prisión provisional “asegurar la presencia del imputado en el proceso cuando pueda inferirse racionalmente un riesgo de fuga”. Para valorar la existencia de este riesgo el propio precepto dispone que deberá atenderse conjuntamente: a) a la naturaleza del hecho, b) a la gravedad de la pena que pudiera imponerse al imputado, c) a la situación familiar, laboral y económica de éste, y d) a la inminencia de la celebración del juicio oral. También cuando en los dos años anteriores se hubieren dictado contra el imputado al menos dos requisitorias para su llamamiento y busca por cualquier órgano judicial.

100 STCE 47/2000, de 17 febrero.

101 STCE 156/1997, de 29 septiembre.

102 ASENSIO MELLADO, J. M^a, La prisión provisional, Edit Civitas, Madrid, 1987, pp. 87 y 125.

103 JORGE BARREIRO, A., “La reforma de la prisión provisional...”, cit., p. 46.

pena¹⁰⁴. La invocación de la alarma social hace que la prisión preventiva se acabe convirtiendo en una medida de seguridad oculta o encubierta¹⁰⁵. La prisión provisional no puede ser utilizada para satisfacer las demandas sociales de seguridad o de indignación generadas por la comisión de un determinado hecho delictivo.

V.6.3.2 El peligro de ocultamiento de la prueba u obstaculización de la investigación

Esta finalidad aparece mencionada en algunos textos procesales penales. Tal es el caso de la StPO alemana, cuyo parágrafo 112.(2).3, hace referencia a la existencia de motivos racionalmente bastantes –objetivamente fundados– para temer que el inculpado en libertad intentará destruir, alterar, hacer desaparecer, ocultar o falsear futuros medios de prueba, influir de forma ilícita sobre coinculpados, testigos o peritos o provocar que otros realicen tales conductas, y cuando por ello amenazase el peligro de que la investigación de la verdad quedará dificultada (*peligro de oscurecimiento o destrucción de pruebas*)¹⁰⁶.

En la misma línea, el art. 144.1º CPP francés admite que la prisión provisional (*détention provisoire*) pueda acordarse cuando sea el único medio de conservar las pruebas o indicios materiales o de impedir ya una presión sobre testigos o víctimas, ya un concierto fraudulento entre inculpado y cómplices. También mencionan esta finalidad el art. 204.b) CPP portugués, y el art. 274.1.a) CPP italiano, que aluden tanto al peligro de ocultamiento como al de alteración de la prueba.

Esta finalidad es admitida, también, por el TEDH en caso de investigaciones de delitos de criminalidad organizada, cuando la puesta en libertad del imputado pueda generar coacciones a testigos o alterar otros elementos probatorios¹⁰⁷.

EITCE venía admitiendo como fundamento legítimo de la prisión provisional el evitar el “riesgo de obstrucción a la instrucción”, aunque en esos momentos no estaba previsto expresamente en la legislación procesal penal¹⁰⁸. En la actualidad el art. 503.3.b) LECrim menciona entre los fines que se pueden perseguir con la prisión provisional “evitar la ocultación, alteración o destrucción de las fuentes de prueba relevantes para el enjuiciamiento en los casos en que exista un peligro fundado y concreto. No procederá acordar la prisión provisional por esta causa cuando pretenda inferirse dicho peligro únicamente del ejercicio del derecho de defensa o de falta de colaboración del imputado en el curso de la investigación. Para valorar la existencia de este peligro se atenderá a la capacidad del imputado para acceder por sí o a través de terceros a las fuentes de prueba o para influir sobre otros imputados, testigos o peritos o quienes pudieran serlo”. Para algunos autores este riesgo de desaparición o alteración de las fuentes de prueba debe trascender de lo puramente

104 STCE 128/1995, f.j.3º; 23/1999, de 28 marzo. La STCE 47/2000, f.j.5º, con cita de la STCE 98/1997 declara que “lo cierto es que la genérica alarma social presuntamente ocasionada por un delito constituye el contenido de un fin exclusivo de la pena –la prevención general– y (so pena de que su aseguramiento corra el riesgo de ser precisamente alarmante por la quiebra de principios y garantías jurídicas fundamentales), presupone un juicio previo de antijuridicidad y de culpabilidad del correspondiente órgano judicial tras un procedimiento rodeado de plenas garantías de imparcialidad y defensa”.

105 Vid. voto particular a la STCE 98/1997, de 20 mayo.

106 GÓMEZ COLOMER, J. L., *El proceso penal alemán. Introducción y normas básicas*, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1985, p. 307.

107 STEDH caso CONTRADA contra Italia, de 24 agosto 1998, apartados 59-61. Vid., también, SSTEDH caso RINGEISEN contra Austria, de 16 julio 1971, apartados 100 y ss; caso of.I.A. contra Francia, de 23 septiembre 1998, apartado 107, aunque le atribuye un papel secundario.

108 SSTCE 128/1995, de 26 julio; 98/1997, de 20 mayo.

potencia o presuntivo para entrar; sin margen de duda, en el terreno de la certeza incontestable, porque de no ser así, rozaría una discrecionalidad atentatoria de la proporcionalidad¹⁰⁹.

El Informe ComIDH n° 2/1997, de 11 de marzo, dispone, en su apartado 35, que “el riesgo legítimo de que los testigos u otros sospechosos sean amenazados también constituye un fundamento válido para dictar la medida al inicio de la investigación. Pero cuando la investigación prosigue y dichas personas ya han sido interrogadas suficientemente, el peligro disminuye y deja de ser válida la justificación para mantener la prisión preventiva. Las autoridades judiciales deben demostrar igualmente que existen fundados motivos para temer la intimidación de los testigos o sospechosos por parte del procesado”.

Aunque no sería suficiente con una invocación genérica o abstracta a las *necesidades de la investigación* para justificar la prisión preventiva, sino que debería fundamentarse en un peligro efectivo de que el proceso de investigación fuera impedido por la liberación del acusado¹¹⁰.

A pesar de su admisión en los textos legales y en la jurisprudencia, un amplio sector de la doctrina española se ha pronunciado en contra de dicho motivo¹¹¹.

Estimamos que la falta de mención expresa en el nuevo texto procesal penal impide que los tribunales dominicanos puedan fundamentar exclusivamente la medida de prisión preventiva en esta finalidad, cuando no concurra o se aprecie además la existencia de un riesgo de fuga. Su invocación como único fundamento vulneraría el principio de legalidad procesal penal.

V.6.3.3 El peligro de reiteración delictiva

Para un sector doctrinal la prisión preventiva puede también fundamentarse en el peligro de que el imputado pueda volver a cometer hechos delictivos de similar naturaleza.

Esta finalidad aparece recogida en algunos textos procesales penales. Así en la StPO alemana, parágrafo 112a, aunque limitado a determinados delitos: delitos sexuales graves, comisión reiterada o continuada de hechos punibles que menoscaban gravemente el ordenamiento jurídico, delitos de tráfico de drogas¹¹². Aunque como expone BARONAVILAR ello dio lugar a una interpretación conforme a la Constitución por parte del Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*) alemán entendiéndose que también en este caso habría de acreditarse, aunque fuera menor su incidencia, alternativamente el peligro de fuga o el riesgo de oscurecimiento u ocultación de pruebas¹¹³. Si estos peligros estuvieran excluidos y, no obstante, se adoptara la prisión preventiva se quebrantaría el principio de proporcionalidad. El Tribunal Constitucional Federal lo ha admitido

109 MONTÓN GARCÍA, M., “Los actuales presupuestos fácticos de la prisión provisional”, *La Ley*, núm. 5972, 10 marzo 2004, p. 6.

110 Informe ComIDH, n° 2/1997, de 11 de marzo, apartado 34.

111 GIMENO SENDRA, V., con CONDE-PUMPIDO TOURÓN y GARBÉRÍ LLOBREGAT, *Los procesos penales, Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal con formularios y jurisprudencia*, Tomo 4, Edit. Bosch, Barcelona, 2000, pág. 142. MORENO CATENA, V., con otros, *El Proceso Penal, doctrina, jurisprudencia y formularios*, Vol. II, Edit. Tirant lo blanch, Valencia, 2000, pág. 1668, donde afirma que nos parece que este esta finalidad de de conjurar el denominado riesgo de colusión raramente justificará por sí sólo la prisión preventiva, por cuanto dicho riesgo igualmente se conjura mediante otras múltiples medidas menos agresivas para el inculpado, como son la observación o seguimiento policial o incluso el control de sus comunicaciones.

112 Vid. GÓMEZ COLOMER, J. L., *El proceso penal...*, cit., p. 107. FARALDO CABANA, P., “La prisión provisional en España, Alemania e Italia: un estudio de Derecho Comparado”, *Revista de Derecho y Proceso Penal*, núm. 7, 2002, p. 29.

113 BARONAVILAR, S., *Prisión provisional y medidas alternativas*, Edit Bosch, Barcelona, 1988, pp. 23-24.

en los supuestos del párrafo 112a (1), número 2, StPO, aunque será preciso que se trate de hechos de cierta entidad, que exista una concreta sospecha de que continuarán graves alteraciones del ordenamiento y que se respete el principio de proporcionalidad¹¹⁴.

En Italia, el art. 274.1.c) CPP establece que para adoptar la medida de prisión provisional (*custodia cautelare*) por peligro de reiteración delictiva habrá de tratarse de delitos que lleven aparejada una pena de reclusión no inferior en el máximo a 4 años o de delitos graves con uso de armas u otros medios de violencia personal o contra el orden constitucional o bien delitos de criminalidad organizada.

El art. 5.1.c) CEDH permite fundamentar la prisión preventiva “cuando se estime necesario para impedirle que cometa una infracción”¹¹⁵, en línea con lo declarado en la Recomendación n° R (80) 11, de 27 junio, del Consejo de Europa, que menciona entre las funciones legitimadoras de la prisión preventiva “el peligro de que la persona cometa un delito grave”. Por su parte, la ComIDH en su Informe n° 2/1997, de 11 de marzo, admite el riesgo de comisión de nuevos delitos como fundamento del mantenimiento de la medida de prisión preventiva, para lo que deberá tenerse en cuenta la gravedad del crimen. En el apartado 32 de dicho Informe se afirma que “para justificar la prisión preventiva, el peligro de reiteración debe ser real y tener en cuenta la historia personal y la evaluación profesional de la personalidad y el carácter del acusado. Para tal efecto, resulta especialmente importante constatar, entre otros elementos, si el procesado ha sido anteriormente condenado por ofensas similares, tanto en naturaleza como en gravedad”.

A pesar de la falta de previsión normativa el TCE venía admitiendo como uno de los fines legítimos de la prisión preventiva evitar la “reiteración delictiva”, aunque ubicándolo en un segundo plano¹¹⁶.

La doctrina favorable a su admisión estima en todo caso que debe tener un carácter excepcional y debe ser interpretado restrictivamente. En todo caso la privación de libertad debe ser estrictamente necesaria para evitar este peligro, configurarse como la *ultima ratio*, y que no existan otras medidas igualmente efectivas para alcanzar esta finalidad y menos gravosas.

En la doctrina española, GIMENO SENDRA defendía su consagración en una futura reforma de la prisión provisional como motivo que fundamentara su adopción, aunque limitado a determinados delitos graves (delitos contra la vida, la libertad sexual, o cometidos por la criminalidad organizada). Aunque su falta de previsión legislativa impedía la adopción de la prisión provisional con esta finalidad. En la actualidad aparece mencionada en el art. 503.2 LECrim al disponer que “también podrá acordarse la prisión provisional. ... Para evitar el riesgo de que el imputado cometa otros hechos delictivos”, otorgando cobertura normativa a la aplicación de dicha finalidad.

114 DE HOYOS SANCHO, M., La detención..., cit., p. 174.

115 Vid. SSTEDH caso B contra Austria, de 28 marzo 1990; W contra Suiza, de 26 enero 1993; y Bouchet contra Francia, de 20 marzo 2001, aluden a los siguientes parámetros para examinar la posible concurrencia o intensidad del peligro de reiteración por el imputado de actos delictivos: la continuación prolongada de actos punibles, la gravedad de los perjuicios sufridos por las víctimas, la nocividad del acusado, y la experiencia y el grado de capacidad del imputado para facilitar la repetición de los actos delictivos. La utilización de este criterio es censurada por el juez M. ZEKIA en el voto particular al caso MATZNETTER contra Austria, de 10 noviembre 1969.

116 Vid., entre otras, SSTCE 128/1995, de 26 julio; 23/2002, de 28 enero; 22/2004, de 23 febrero: en un plano distinto aunque íntimamente relacionado a los criterios de peligro de fuga y de obstrucción de la investigación penal.

Las principales críticas a este motivo se centran en que con ello se persigue la prevención especial con base en la peligrosidad del sujeto, haciendo depender la privación de libertad de un hecho delictivo incierto¹¹⁷. Se le atribuye, por tanto, a la prisión provisional una función preventiva y no cautelar. Opera entonces, en realidad, no como una medida cautelar sino como una medida de seguridad encubierta¹¹⁸. En la misma línea crítica JORGE BARREIRO señala que el fin de evitación de la comisión de nuevos hechos delictivos ha de contemplarse como un criterio de prevención especial cimentado sobre el concepto de peligrosidad, en virtud del cual se hace un juicio de prognosis en el que, partiendo de la conducta delictiva que se le imputa en el proceso y de las circunstancias del inculpaado, se especula acerca de cuál puede ser su conducta en un futuro inmediato¹¹⁹. En Italia, la doctrina viene exigiendo, en todo caso, que se trate de un "peligro concreto", denunciando que contradice abiertamente la presunción de inocencia del imputado que sea considerado peligroso antes del juicio, reduciendo a la acusación pública a funciones de defensa social y de policía de orden público, transformando el mandato de captura en una suerte de medida de prevención contra peligrosos y sospechosos¹²⁰.

Estimamos que en el proceso penal dominicano la falta de previsión expresa en el texto legal veda la posibilidad de invocar dicho fin como fundamento único de la medida de prisión preventiva. Sólo cabría su utilización como finalidad complementaria, con un valor secundario, siempre que se constatará la existencia de un peligro o riesgo de fuga.

V.6.4 La motivación de la decisión judicial

La motivación predicable de cualquier medida de coerción exige, en los supuestos de prisión preventiva que el juez plasme en la resolución el juicio de ponderación entre los diferentes derechos e intereses en conflicto a fin de justificar la necesidad de la medida¹²¹. La motivación exige cumplir con los estándares de **suficiencia** y **razonabilidad** "entendiendo por tal que al adoptar y mantener esta medida se haya ponderado la concurrencia de todos los extremos que justifican su adopción y que esta ponderación o, si se quiere, que esta subsunción, no sea arbitraria, en el sentido de que sea acorde con las pautas del normal razonamiento lógico y, muy especialmente, con los fines que justifican la institución de la prisión provisional"¹²². Será indispensable, por tanto, que la resolución judicial indique con precisión el presupuesto de la

117 ASENCIO MELLADO, J. M^a, *La prisión provisional*, cit., pp. 38-39.

118 Una visión crítica de la reforma operada en el art. 503 LECrim puede verse en PRIETO RODRÍGUEZ, J. I., "De nuevo sobre la prisión provisional...", cit., págs. 58-59. Para MIR PUIG, C., "Los aspectos más polémicos de la reforma", *Revista Iuris, Actualidad y Práctica del Derecho*, n° 77, noviembre 2003, supone la introducción de una medida de seguridad predelictual. También sostiene una visión crítica LANDROVE DÍAZ, G., "La reforma de la prisión provisional", *La Ley*, núm. 5926, 5 enero 2004, pág. 4, afirmando que "con ello se persiguen finalidades de prevención general que desvirtúan el significado de una medida cautelar en el proceso y se consagra una inadmisibles presunción de culpabilidad, habida cuenta que ni siquiera ha llegado a probarse que el imputado ha delinquirido una vez".

119 JORGE BARREIRO, A., "La reforma de la prisión provisional...", cit., pp. 46-47.

120 FARALDO CABANA, P., "La prisión provisional...", cit., p. 31.

121 La STCE 56/1987, de 14 mayo, declara que "se ha dicho reiteradamente por este Tribunal que, cuando se coarta el libre ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución, el acto es tan grave que necesita encontrar una causa especial, suficientemente explicada para que los destinatarios conozcan las razones del sacrificio de su derecho, máxime en el supuesto de prisión provisional. En otro caso, la conexión del art. 24 con el 120.3° Constitución es evidente, y por ello se dijo en la sentencia 41/1982, de 2 de julio, que al ser la prisión provisional una privación de libertad, debe adoptarse mediante resolución judicial motivada. Su justificación es la posibilidad de la defensa del interesado, tanto por vía judicial ordinaria como constitucional". Vid., también, SSTCE 25/2000, de 31 enero; 29/2001, de 29 enero.

122 SSTCE 128/1995, de 26 julio; 47/2000, de 17 febrero; 8/2002, de 14 enero; 23/2002, de 28 enero; 138/2002, de 3 junio; 142/2002, de 17 junio; 22/2004, de 23 febrero; 191/2004, de 2 noviembre.

medida y el fin constitucionalmente legítimo perseguido. Además deberá indicarse la relación existente entre la medida cautelar adoptada y el fin perseguido, es decir, ha de expresar hasta que punto la misma es útil a los fines perseguidos en el caso concreto¹²³. La no expresión de tales extremos en la resolución judicial determina la insuficiencia de la motivación.

La Resolución (65) I I, de 9 de abril del Comité de Ministros del Consejo de Europa, establece la necesidad de que la decisión de prisión preventiva indique, lo más precisamente posible, el objeto de la medida y los *motivos* que la justifican.

Será necesario indicar con precisión los datos que permiten afirmar la concurrencia de un riesgo de fuga, sin que sean admisibles simples formulaciones generales o la utilización de cláusulas de estilo que carezcan de todo contenido justificativo de la medida adoptada (como por ejemplo, cuando se utilizan simples formularios estereotipados).

Mediante la motivación se podrá constatar si la medida de prisión preventiva se ajusta a los presupuestos y finalidades previstas legalmente o se ha utilizado la misma desnaturalizando su finalidad.

La falta de motivación suficiente y razonable de la decisión de prisión provisional no supone solo un problema de falta de tutela judicial efectiva, sino prioritariamente un problema de lesión del derecho a la libertad personal, por su privación sin la concurrencia de un presupuesto habilitante de la misma¹²⁴

V.6.5 Duración de la prisión preventiva

La presunción de inocencia requiere que la duración de la prisión preventiva no exceda de un “plazo razonable” tal como exige el art. 7.5 CADH¹²⁵, pues de lo contrario se desnaturalizaría su carácter cautelar y se convertiría en una pena anticipada. Además como advierte la ComIDH ante una situación de prisión preventiva prolongada en el tiempo se genera “una especie de presión sobre el magistrado que avalúa las pruebas y aplica la ley, en el sentido de adecuar la sentencia condenatoria a la situación de hecho que está sufriendo el procesado privado de su libertad. Es decir, que aumenta para el acusado la posibilidad de obtener una pena que justifique la prolongada duración de la prisión preventiva, aunque los elementos de convicción no sean contundentes”¹²⁶. La situación de prisión preventiva debe prolongarse lo mínimo indispensable¹²⁷. La desaparición de los presupuestos materiales o de los fines que fundamentaron dicha medida

123 STCE 47/2000, de 17 febrero, especialmente fj. 8º, en donde censura la insuficiencia de la motivación de las resoluciones judiciales que acordaban el mantenimiento de la medida de prisión provisional, declarando, declarando que “en ningún caso se hace referencia a la finalidad que se persigue con la adopción de la medida cautelar impugnada. Sin referencia del fin perseguido es obvio que tampoco se argumenta sobre las circunstancias personales del recurrente en relación con la prisión acordada. No se expresa juicio de ponderación alguno entre el derecho a la libertad personal y los fines que constitucionalmente legitimarían su limitación, nada se dice de los intereses que se protegen con la resolución, ni sobre la necesidad de la misma. En fin, no se puede apreciar si la misma es o no proporcionada, y mucho menos si es acorde con los fines que la justifican”.

124 SSTCE 128/1995, de 26 julio; 47/2000, de 17 febrero.

125 Aluden, también, a la razonabilidad del plazo de prisión preventiva el art. 9.3 PIDCP y art. 5.3 CEDH.

126 Informe de la ComIDH sobre la Situación de los Derechos Humanos en la República Dominicana de 1999, apartado 221. También Informe ComIDH 2/1997, de 11 de marzo, apartado 12.

127 El art. 504.1º LECrim dice que “durará el tiempo imprescindible para alcanzar cualquiera de los fines previstos”: Y el art. 528 LECrim que “sólo durará lo que subsistan los motivos que la hayan ocasionado”.

determina su cesación inmediata y la puesta en libertad del imputado. Como nos dice el TEDH, la existencia de sólidas sospechas de participación en infracciones graves, aun constituyendo un factor relevante, no justifica por sí sola un periodo largo de prisión provisional¹²⁸.

El derecho a la libertad personal puede lesionarse cuando el imputado, aun sin rebasar los plazos máximos fijados en la ley, permanece en situación de prisión preventiva más allá de un plazo que, atendidas las circunstancias del caso, puede objetivamente estimarse que excede de lo razonable¹²⁹. El TCE señala que aun sin rebasar los límites temporales fijados en la ley, puede también lesionarse el derecho fundamental a la libertad (art. 17.4 CE) si el imputado en situación de prisión provisional más allá de un plazo que pueda objetivamente estimarse que excede de lo razonable¹³⁰. Razonabilidad del plazo que se fijará en función de las particulares circunstancias concurrentes. La mencionada STCE 206/1991, de 30 octubre, declara, en su fj. 5º, que "a los efectos de determinar si la duración de la prisión provisional ha excedido de dicho plazo razonable se hace obligado acudir a la doctrina de la integración de los estándares que este Tribunal ha elaborado en consonancia con la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos... Conforme a la misma la valoración de dicho plazo ha de estimarse teniendo en cuenta, de un lado, la duración efectiva de la prisión provisional y, de otro, el examen de la complejidad del asunto, la actividad desplegada por el órgano judicial y el comportamiento del recurrente, de tal suerte que la necesidad de prolongar la prisión, a los efectos de asegurar la presencia del imputado en el juicio oral no obedezca, ni a una conducta meramente inactiva del Juez de Instrucción, ni sea provocada por una actividad obstruccionista de la defensa, a través del planteamiento de recursos improcedentes o de incidentes dilatorios, dirigidos exclusivamente a obtener el agotamiento de los plazos de la prisión provisional"¹³¹. No obstante, como advierte la ComIDH hay que ponderar que cuando un acusado rehúsa a cooperar o utiliza los remedios procesales previstos en la ley puede estar simplemente ejerciendo sus derechos¹³².

Por su parte, la ComIDH afirma que el plazo razonable para la prisión preventiva no puede ser establecido en abstracto; la duración de la prisión preventiva no puede ser considerada razonable en sí misma solamente porque así lo establece la ley. La determinación de la razonabilidad del plazo corresponde al juzgado que entiende de la causa. Para tal efecto, debe analizar todos los elementos relevantes a fin de determinar si existe una necesidad genuina de mantener la prisión preventiva, y manifestarlo claramente en sus decisiones referentes a la excarcelación del procesado¹³³.

128 STEDH caso VAN DER TANG, de 13 julio 1995, apartado 63.

129 Para el TEDH el argumento de que la situación de prisión preventiva no se ha prolongado más allá del plazo máximo legalmente previsto no es suficiente para descartar cualquier infracción del art. 5.3 CEDH. La STEDH caso SHISHKOV contra Bulgaria, de 9 enero 2003, afirma, en su apartado 66, que "El Tribunal no desconoce que la mayor parte de los casos en los que se dictan sentencias sobre periodos largos de prisión o detención son más largos que el del presente caso, y que frente a tal dato, siete meses y tres semanas debe parecer un periodo relativamente corto. Sin embargo, el artículo 5.3 del Convenio no puede interpretarse de forma que autorice prisiones preventivas incondicionales con tal de que no sobrepasen un periodo mínimo de tiempo. La justificación para cualquier periodo de prisión, no importa lo pequeño que sea, debe ser demostrado por las autoridades de forma convincente, lo que no ha ocurrido en el presente caso".

130 STCE 206/1991, de 30 octubre, fj. 4º.

131 Vid. STEDH caso GRISSEZ contra Francia, de 26 septiembre 2002, apartados 36 y ss., en donde estimó que no se había vulnerado el art. 5.3 CEDH en un supuesto de duración total de la prisión preventiva de 2 años, 3 meses y 19 días, en atención a la gravedad de los hechos origen del asunto y el gran número de diligencias de investigación requeridas; no apreciándose inactividad o pasividad por parte de los órganos jurisdiccionales intervinientes.

132 Informe ComIDH n° 2/1997, de 11 de marzo, apartado 41.

133 Informe ComIDH 2/1997, de 11 de marzo, apartados 18-19. DEL OLMO DEL OLMO, J. A., "La determinación del "plazo razonable" de duración de la prisión provisional según la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y su

Uno de los objetivos del nuevo CPP fue, según la propia exposición de motivos, la fijación de un límite temporal a la prisión preventiva. Coherente con esta finalidad el art. 16 CPP, en sede de *Principios Fundamentales*, dispone que “La prisión preventiva está sometida a un límite temporal razonable a los fines de evitar que se convierta en una pena anticipada”.

El juez deberá revisar de oficio el mantenimiento de los fines que constitucionalmente legitiman la medida de prisión preventiva. La necesidad de la medida hace que la misma esté sometida a la cláusula *rebus sic stantibus*, y que el juez deba vigilar de oficio el mantenimiento de los presupuestos materiales de la prisión preventiva (cfr. art. 222, párrafo segundo; y art. 240, párrafo segundo, CPP). El texto procesal penal fija, como mínimo, una revisión judicial obligatoria de la situación de prisión preventiva cada tres meses (art. 239 CPP)¹³⁴. Revisión que, además, puede ser pedida por el imputado y su defensor en cualquier momento del procedimiento (art. 240 CPP). Para garantizar que la situación de prisión preventiva no se prolongará más allá de lo indispensable, los procedimientos penales con preso preventivo deben tramitarse de forma preferente y urgente¹³⁵. La jurisprudencia del TEDH viene declarando, desde los primeros momentos, que el acusado en situación de prisión preventiva tiene derecho a que su caso sea tratado prioritariamente con una especial celeridad¹³⁶. Aunque ello no debe ser un obstáculo para proporcionar a la defensa y a la acusación las máximas facilidades para aportar sus pruebas, ni para el descubrimiento de la verdad¹³⁷.

Con la finalidad de asegurar una tramitación preferente y urgente el legislador dominicano ha acortado los plazos máximos para concluir una investigación cuando se hubiere dictado prisión preventiva o arresto domiciliario. El plazo máximo ordinario de duración de seis meses, previsto para el caso en que se hubieren adoptado otro tipo de medidas de coerción, se reduce a 3 meses (art. 150, párrafo primero, CPP). Se admite, no obstante la posibilidad de prórroga judicial, acordada por los jueces de la instrucción, por una sola vez y hasta un máximo de dos meses (art. 150, párrafo segundo, CPP).

Los plazos de duración de la investigación se amplían para el caso de los denominados *procedimientos para asuntos complejos*¹³⁸. El plazo máximo ordinario de duración del procedimiento preparatorio es de doce meses, que se reduce a ocho meses para el caso de adopción de prisión preventiva o arresto domiciliario (art. 370.3 CPP)

recepción en España”, La Ley, núm. 4090, 30 julio 1996, págs. 3 y ss., identifica hasta siete criterios utilizados por la extinta omEDH para determinar la razonabilidad del tiempo de duración de la prisión provisional: 1º la duración de la detención en sí misma, 2º la duración de la prisión provisional en relación a la naturaleza del delito, a la pena señalada y a la pena previsible en el caso de una condena, y al sistema legal de abono de dicha prisión en el cumplimiento de la pena que, en su caso, se imponga, 3º los efectos personales sobre el preso preventivo de orden material, moral u otros, 4º la conducta del imputado en el proceso, 5º las dificultades en la instrucción del asunto, 6º la forma en que la instrucción ha sido conducida, 7º la actuación de las autoridades judiciales.

134 Esta revisión periódica de oficio es reclamada por el Consejo de Europa: vid Resolución (65) 11, de 9 de abril, y Recomendación N° R (80) 11, de 27 de junio.

135 Vid. Recomendación N° R (80) 11 de 27 de junio, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, apartado IV.

136 SSTEDH caso WEMHOFF contra la República Federal de Alemania, de 27 junio 1968, apartado 17; caso MATZNETTER contra Austria, de 10 noviembre 1969, apartado 12; más recientemente STEDH caso LABITA contra Italia, de 6 abril 2000, apartados 152-153. Vid., también, STCE 66/1997, de 7 abril, f.j.3º, que afirma “el celo de la autoridad judicial en obtener la rapidez del procedimiento todavía ha de ser mucho mayor en las causas con preso”.

137 STEDH caso WEMHOFF contra la República Federal de Alemania, de 27 junio 1968, apartado 17; caso MATZNETTER contra Austria, de 10 noviembre 1969, apartado 12.

138 Se entiende como tales aquellos en que exista una pluralidad de hechos o un elevado número de imputados o víctimas o se trata de casos de delincuencia organizada (art. 369 CPPRD).

El nuevo texto procesal penal fija, también, unos límites temporales máximos de duración de la prisión preventiva. La STCE 98/1998, de 4 mayo, destaca que “la imposición constitucional de que el legislador determine el plazo máximo de duración de la prisión provisional encuentra su último fundamento en la seguridad jurídica de los ciudadanos, que con la previsión legal tiene la posibilidad de conocer hasta qué momento puede durar la restricción de su derecho fundamental a la libertad en virtud de la medida cautelar. Las ideas de advertencia y previsibilidad del tope temporal máximo de la prisión provisional cobran así un significado central en el cumplimiento del mandato del segundo inciso del art. 17.4 CE¹³⁹. Al mismo tiempo, este precepto pretende evitar la lentitud de la justicia en los procesos penales, de modo que la determinación de un plazo legal para la prisión provisional sirva de acicate a los órganos judiciales para que aceleren la instrucción y el enjuiciamiento de las causas penales con preso”.

Se prevé el cese de dicha medida cuando su duración supere o equivalga a la cuantía mínima de la pena imponible, considerándose incluso la aplicación de las reglas relativas al perdón judicial o a la libertad condicional (art. 241.2 CPP). También se acordará su cese cuando exceda del plazo de 12 meses (art. 241.3 CPP). Plazos que podrán prorrogarse por seis meses cuando el fallo haya sido recurrido por parte del imputado o del ministerio público en su favor (art. 242 CPP). No admitiéndose sucesivas prórrogas: “vencido ese plazo, no se puede acordar una nueva ampliación del tiempo de la prisión preventiva” (art. 242, *in fine*, CPP). La prórroga en ningún caso debe tener carácter automático sino que deberá adoptarse mediante resolución judicial motivada.

CASO: Sobre prórroga de la medida de prisión preventiva

Objetivo formativo: Analizar cuáles son los presupuestos necesarios para poder acordar la prórroga de la prisión preventiva.

Descripción de la situación fáctica planteada: En el procedimiento penal seguido contra el acusado se dictó sentencia condenándole como autor del delito a la pena de seis años de prisión preventiva. Durante la tramitación de la causa el acusado había estado sometido a prisión preventiva, prolongándose esta situación durante un plazo de seis meses. En la revisión obligatoria conforme a lo previsto en el art. 239 CPP se había acordado el mantenimiento de la medida por estimar que concurría peligro de fuga, una vez ponderadas las circunstancias concurrentes.

Interpuesto recurso de apelación por el imputado contra la sentencia condenatoria el órgano jurisdiccional acordó la prórroga de la situación de prisión preventiva por un plazo de seis meses al amparo de lo previsto en el art. 242 CPP, razonando que “teniendo en cuenta la gravedad de la pena impuesta al imputado, de seis años de prisión, se considera conveniente y adecuado, atendiendo a su gravedad, la prórroga de la prisión preventiva durante un plazo máximo de seis meses, de conformidad con lo dispuesto en el art. 242 del CPP”.

¹³⁹ Dicho precepto establece que “asimismo, por ley se determinará el plazo máximo de duración de la prisión provisional”.

Cuando se dicte sentencia absolutoria la libertad del acusado se hará efectiva directamente desde la sala de audiencias y se otorgará aun cuando la sentencia absolutoria no sea irrevocable o se haya presentado recurso (art. 337, último párrafo, CPP). Disposición que se reproduce en sede de apelación al establecer que “cuando por efecto de la decisión del recurso debe cesar la privación de libertad del imputado, la Corte de Apelación ordena su libertad, la cual se ejecuta en la misma sala de audiencias, si está presente (art. 424 CPP). Previsiones dignas de elogio, pues tratan de evitar que las simples formalidades administrativas acaben determinando una prolongación de la situación de libertad¹⁴⁰.

Se prevé una ampliación de los plazos máximos en el caso de procedimientos para asuntos complejos. Se fija un plazo ordinario de prisión preventiva hasta los 18 meses y, para el caso de haber recaído sentencia condenatoria, hasta seis meses más (art. 370.2 CPP).

El tiempo de privación de libertad, incluyendo los arrestos, se tendrá en cuenta para el cómputo de la pena impuesta (art. 440 CPP).

CASO: Sobre abono del tiempo de prisión provisional.

Objetivo formativo: Identificar supuestos problemáticos no previstos en el art. 440 CPP.

Descripción del supuesto fáctico planteado: El acusado estuvo sujeto a prisión preventiva durante un plazo de seis meses, y tras la celebración del juicio oral se dictó sentencia absolviéndole del delito objeto de imputación por no resultar suficientemente acreditada su participación en el mismo.

Luego o más tarde es acusado por un nuevo hecho delictivo cometido con posterioridad a la anterior sentencia absolutoria. En este segundo juicio es condenado como autor del delito a la pena de dos años de prisión. En trámite de ejecución solicita del tribunal que le abone para el cumplimiento de la condena el tiempo de seis meses de prisión preventiva sufrido en la anterior causa.

Determinar si es o no procedente el abono del tiempo de prisión preventiva solicitado.

Hay que tener en cuenta que las demoras o dilaciones indebidas fruto de la sobrecarga de los órganos jurisdiccionales o de problemas estructurales no pueden ser utilizadas como coartada para justificar una prolongación de la situación de privación de libertad. El TEDH en el caso

¹⁴⁰ Vid. STEDH caso NIKOLOV contra Bulgaria, de 30 enero 2003, en un supuesto en que desde que se acordó la puesta en libertad del acusado, menor de edad, por el juez hasta su efectiva puesta en libertad transcurrieron 7 días; el TEDH afirma, en dicha sentencia, párrafo 82, que las “formalidades administrativas necesarias para la puesta en libertad de un detenido o preso no pueden justificar un retraso superior a más de algunas horas”. Vid., también S TEDH caso GIULIA MANZONI contra Italia, de 1 julio 1997, apartado 25; y LABITA contra Italia, de 6 abril 2000, apartados 171-173. En la STEDH caso VITTORIO y LUIGI MANCINI contra Italia, de 2 agosto, analizó un supuesto en que la medida de prisión preventiva se había sustituido por la de arresto domiciliario, a pesar de lo cual el traslado del centro penitenciario donde estaban internados los imputados hasta su domicilio se retrasó uno mes y tres días, ante la falta de funcionarios policiales que pudieran efectuar el servicio de escolta. El TEDH estimó que este retraso no estaba justificado y se había violado el art. 5.1 CEDH.

BEZICHERI contra Italia, de 25 octubre 1989, frente a la alegación del gobierno italiano que fue la sobrecarga de trabajo que padecía el juez de instrucción el motivo que le impidió conocer en un plazo razonable del recurso contra la privación de libertad interpuesto por el Sr. Bezicheri, apreció violación del art. 5.4 CEDH recordando al gobierno que la Convención “obliga a los Estados firmantes a organizar sus jurisdicciones de forma que le permitan responder a sus diversas exigencias”.

V.6.6 Procedimiento para su adopción

Como analizamos con carácter general la imposición de medidas de coerción está sometida al principio de justicia rogada. Sólo podrá acordarse la prisión preventiva cuando lo pida alguna de las partes acusadoras: a solicitud del ministerio público o querellante (arts. 228, párrafo primero, y 284 CPP). El ministerio público puede solicitar el arresto u otra medida de coerción posterior (por ejemplo, la prisión preventiva) en el propio escrito de acusación cuando estimara razonablemente que el imputado podrá no presentarse a la audiencia preliminar o al juicio (art. 294, último párrafo, CPP).

El procedimiento se rige por el **principio de contradicción**, garantizándose la audiencia del imputado. Para ello el juez deberá convocar a las partes a una audiencia, siendo preceptiva la asistencia tanto del ministerio público como del imputado y su defensor. En dicha audiencia podrá proponerse y practicarse prueba (arts. 230 y 284 CPP).

Tras la celebración de la audiencia el juez dictará resolución acordando o no la adopción de la medida de prisión preventiva. De los extremos que debe contener la resolución debemos destacar la necesidad de hacer constar la fecha en que vence el plazo máximo de vigencia de la medida, en este caso, de la prisión preventiva (art. 231.4 CPP).

Por aplicación del art. 245 CPP se garantiza siempre la recurribilidad de la resolución judicial de prisión preventiva. El art. 414 CPP diseña un procedimiento especial para tramitar la apelación contra las decisiones de prisión preventiva o arresto domiciliario. La tramitación se caracteriza por la fijación de unos plazos cortos que tratan de dar cumplimiento a las exigencias de brevedad y celeridad¹⁴¹. Se establece que el juez envíe inmediatamente las actuaciones a la Corte de Apelación. La audiencia para conocer del recurso ante el tribunal ad quem deberá celebrarse dentro de las 48 horas contadas a partir de la presentación del recurso, si el juez o tribunal tiene su sede en el distrito judicial en que tiene su asiento la Corte de Apelación. En los demás casos el plazo se amplía hasta las 72 horas. Finalizada la audiencia deberá resolverse sobre el recurso (art. 414 CPP). En su tramitación deberá garantizarse siempre el respeto al **principio de igualdad de armas**, facilitando la presencia en la vista de la persona en situación de prisión preventiva a efectos de poder responder a las alegaciones del ministerio público¹⁴².

141 La STEDH caso M. B. contra Suiza, de 30 noviembre 2000, apreció infracción del art. 5.4 CEDH (art. 9.4 PIDCP; “brevedad posible”), en cuanto a la exigencia de “breve plazo”, en un supuesto de duración en la tramitación de 34 días.

142 Vid S TEDH caso KLAMECKI contra Polonia, de 3 abril 2003, apartados 125 y ss.; caso M. B. contra Polonia, de 27 abril 2004, apartados 62 y ss.; caso WESOLOWSKI contra Polonia, de 22 junio 2004, apartados 59 y ss. En estas sentencias se censura la legislación polaca pues no autorizaba ni a la persona en situación de prisión preventiva ni a su letrado asistir a las sesiones celebradas ante el tribunal donde se debatía sobre la legalidad de la prisión preventiva acordada; sesiones en las que sí participaba el ministerio público que había adoptado inicialmente la medida. El TEDH concluye declarando la existencia de una violación del art. 5.4 CEDH. En la misma línea, STEDH caso LANZ contra Austria, de 31 enero 2002, apartados 36 y ss.

Si la Corte de Apelación no resuelve dentro de los plazos legalmente establecidos, el imputado podrá requerir su pronto despacho y si dentro de las 24 horas no lo obtiene se entiende que se ha concedido la libertad de pleno derecho (art. 153, párrafo primero, CPP). Se estatuye la regla de que el silencio judicial equivale a la libertad del imputado. En este caso, la prisión preventiva o el arresto domiciliario sólo pueden ser ordenados nuevamente por el tribunal inmediatamente superior, a petición del ministerio público o del querellante, si concurren nuevas circunstancias (art. 153, párrafo segundo, CPP).

Si como consecuencia de la decisión del recuso deba cesar la situación de privación de libertad del imputado, la Corte de Apelación ordenará su inmediata libertad, la cual se ejecutará en la misma sala de audiencias, si está presente (art. 424 CPP).

Una regulación especial se prevé en los casos de solicitud de extradición. Se autoriza a la Cámara Penal de la Suprema Corte de Justicia a ordenar la aplicación de medias de coerción en relación a la persona solicitada en extradición. En casos de urgencia se prevé la posibilidad de acordar la medida de prisión preventiva, por un plazo máximo de un mes, aun cuando no se hubieren presentado todos los documentos exigidos para la procedencia de la extradición (art. 163 CPP).

V.6.6.1 Revisión de la medida

La regulación legal de las medidas de coerción se inspira en el principio de revisión permanente (arts. 222 y 238 CPP). Además de ello en materia de prisión preventiva el legislador ha establecido una revisión judicial obligatoria cada tres meses. En dicha revisión el juez o tribunal deberá examinar si se mantiene los presupuestos que justificaron en un primer momento la adopción de dicha medida (arts. 239 y 240 CPP). Mediante esta previsión normativa se pretende garantizar un control jurisdiccional periódico de la situación de prisión preventiva para comprobar el mantenimiento o no de los presupuestos y fines que fundamentaron la adopción de esta medida de coerción.

Esta revisión exige que el juez cite a las partes a una audiencia oral para ser oídas, garantizándose de esta forma el principio de contradicción. El preso o su letrado deberían tener acceso a los documentos del expediente que fueran esenciales para poder contradecir eficazmente la legalidad de la privación de libertad. En algunos casos se ha planteado la compatibilidad de la garantía de contradicción con la eficacia de las investigaciones penales. La STEDH caso SHISHKOV contra Bulgaria, de 9 enero 2003, apreció una vulneración del art. 5.4 CEDH en un supuesto en que no se permitió al abogado el acceso a los documentos esenciales para determinar la legalidad de la prisión, negativa que se había basado en una simple práctica o uso forense; frente a esto el fiscal había tenido acceso desde el primer momento a toda la información, pues controlaba la investigación y se había opuesto al recurso contra la decisión de prisión preventiva.

Para garantizar la contradicción, el art. 291 CPP admite únicamente el secreto total o parcial de las actuaciones siempre que no se haya solicitado ninguna medida de coerción¹⁴³.

¹⁴³ La STEDH caso LAMY contra Bélgica, de 30 marzo 1989, estimó la violación del art. 5.4 CEDH por parte del juez de instrucción que decretó la prisión preventiva del imputado bajo la declaración de secreto instructorio durante los 30 días en los que permaneció privado de libertad.

La decisión debe adoptarse inmediatamente en presencia de las partes que asistan. El juez podrá ordenar la continuación de la medida, su modificación o sustitución por otra, o la libertad del imputado (art. 239 CPP).

Además de esta revisión obligatoria, el imputado y su defensor pueden solicitar la revisión de la prisión preventiva en cualquier momento del procedimiento¹⁴⁴. En este caso la audiencia oral deberá celebrarse en el plazo de 48 horas contadas a partir de la presentación de la solicitud (art. 240 CPP).

La previsión contenida en el art. 239 CPP sobre interrupción del cómputo del término no debe interpretarse en el sentido de que en caso de petición de revisión por el imputado y su defensor o en caso de recurso se interrumpe el plazo máximo de tres meses que tiene el ministerio público para concluir el procedimiento preliminar o preparatorio fijado en el art. 150 CPP.

V.6.6.2 Cese

El art. 241 CPP fija como causas de cese de la prisión preventiva las siguientes:

- a. Cuando nuevos elementos demuestren que no concurren las razones que la motivaron o tornen conveniente su sustitución por otra medida.

En este caso, el cese de la prisión preventiva podrá acordarse en cualquier momento durante la tramitación del procedimiento una vez el juez constate la no permanencia de los presupuestos que justificaron su adopción. Así, por ejemplo, en la resolución que dicte después de la audiencia preliminar el juez sustituir o hacer cesar las medidas de coerción (arts. 301.6 y 303.5 CPP).

- b. Cuando su duración supere o equivalga a la cuantía mínima de la pena imponible, considerándose incluso la aplicación de las reglas relativas al perdón judicial o a la libertad condicional.
- c. Cuando su duración exceda de doce meses.

Plazo que, como ya hemos visto, se amplía hasta los 18 meses en el caso del *Procedimiento para asuntos complejos* (art. 370.2 CPP).

- d. Cuando se agraven las condiciones carcelarias de modo que la prisión preventiva se convierta en una forma de castigo anticipado o trato cruel, inhumano o degradante.

El archivo acordado por el ministerio público del procedimiento preparatorio por alguna de las causas legalmente previstas conlleva, también, el fin de las medidas de coerción acordadas contra el imputado, entre ellas, la de prisión preventiva (art. 281, in fine, CPP). También cuando el juez dicta auto de no haber lugar al juicio en el Procedimiento común (art. 304, último párrafo, CPP). Y, evidentemente, cuando se dicte sentencia absolutoria (art. 337 CPP). En estos casos, la interposición de un recurso frente a la decisión judicial de libertad no deberá retrasar la

¹⁴⁴ Por ejemplo, una vez presentado el escrito de acusación el imputado podrá, conforme a lo previsto en el art. 299.5 CPPRD) solicitar la sustitución o el cese de una medida de coerción (en este caso, de la prisión preventiva).

efectividad de dicha libertad. Así se establece en el propio art. 237 CPP cuando dispone que “la libertad del imputado se hace efectiva directamente desde la sala de audiencias y se otorga aun cuando la sentencia absolutoria no sea irrevocable o se haya presentado recurso”¹⁴⁵.

V.6.7 El procedimiento de hábeas corpus

V.6.7.1 Concepto

La acción de *hábeas corpus* tiene naturaleza constitucional. A ella se refiere el art. 8.g) CRD al disponer que “La Ley de hábeas Corpus determinará la manera de proceder sumariamente para el cumplimiento de las prescripciones contenidas en las letras a), b), c), d), e), f) y g) y establecerá las sanciones que proceda”.

El nuevo texto procesal penal regula dentro del Libro II de la Parte Especial, dedicado a los *Procedimientos especiales*, el procedimiento de *hábeas corpus* como instrumento de control jurisdiccional de la legalidad de las privaciones de libertad. Como establece el propio art. 381 CPP la petición de mandamiento de hábeas corpus tiene el fin de que el juez o tribunal decida, sin demora¹⁴⁶, sobre la legalidad de la medida de privación de libertad o la amenaza de privación.

No obstante este control de legalidad se limita a la discusión acerca de la violación de las **formalidades legales o de competencia** (control sobre la legalidad procesal). Queda excluido el control acerca de la concurrencia o no de indicios (*su calidad y suficiencia*), pues, como indica la exposición de motivos, dicha tarea corresponderá al juez de la instrucción (control sobre la legalidad material).

V.6.7.2 Supuestos en que procede

La solicitud de mandamiento de hábeas corpus puede ser presentada por cualquier persona privada o cohibida en su libertad sin las formalidades de ley, o que se viere inminentemente amenazada de serlo (art. 381, párrafo primero, CPP). Se admite, por tanto, el hábeas corpus preventivo en consonancia con lo dispuesto en la CADH¹⁴⁷.

Queda excluida la procedencia de dicha solicitud cuando existan recursos ordinarios o pueda solicitarse la revisión de las medidas de coerción (art. 381, párrafo segundo, CPP)¹⁴⁸.

¹⁴⁵ La STCE 71/1994, de 3 marzo, declaró la inconstitucionalidad del art. 504 bis LECrim, por vulneración del contenido esencial del derecho fundamental a la libertad personal reconocido en el art. 17 CE, al disponer para el caso de delitos de terrorismo que el recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal frente a la resolución que acordare la libertad del preso deparaba la suspensión de la excarcelación por un periodo máximo de un mes.

¹⁴⁶ Vid. art. 7.6 CADH. “A la brevedad posible” según el art. 9.4 PIDCP. “En breve plazo” según el art. 5.4 CEDH. El TEDH interpretando esta exigencia señala que la brevedad vendrá determinada por el tipo de privación de libertad así como por las circunstancias del caso (STEDH caso BOUAMAR contra Bélgica, de 29 febrero 1988, apartados 54 y ss.).

¹⁴⁷ El art. 7.6 CADH dispone que “En los Estados partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que este decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido”.

¹⁴⁸ Hay que recordar que el nuevo texto procesal penal ha incorporado un principio de revisión permanente de las medidas de coerción (vid. arts. 222 y 238 CPPRD).

Se propone el siguiente ejercicio: que los participantes en el curso de formación o seminario identifiquen y enumeren aquellos supuestos que pueden ser objeto de control jurisdiccional por el Procedimiento especial de *hábeas corpus*, así como los supuestos de exclusión, aportando ejemplos extraídos de la realidad.

V.6.7.3 Competencia

La competencia para conocer de las acciones de *hábeas corpus* corresponde a los jueces de primera instancia (art. 72 CPP).

La Suprema Corte de Justicia tendrá competencia en materia de *Habeas Corpus* únicamente en los casos cuyo conocimiento en primera o única instancia le compete excepcionalmente en razón de la función que desempeña el imputado conforme a lo previsto en el art. 67 CRD y art. 377 CPP¹⁴⁹.

V.6.7.4 Procedimiento

El art. 382 y ss. CPP establecen una serie de reglas especiales de procedimiento, previéndose la aplicación como normativa supletoria de las normas del procedimiento ordinario (art. 392 CPP).

La nueva regulación legal se caracteriza por la simplificación y agilidad de los trámites procedimentales. Otra de sus características es la celeridad en su tramitación fijándose un plazo muy corto de 48 horas para la celebración de la audiencia debiendo el juez o tribunal resolver en el acto.

V.6.7.4.1 Solicitud

V.6.7.4.1.1 Personas que pueden presentarla

La solicitud de mandamiento de *hábeas corpus* puede ser presentada por la propia persona privada de libertad o amenazada de serlo, o por cualquier persona en su nombre. (art. 381, párrafo primero, CPP)¹⁵⁰. Si la persona tuviere designada letrado éste último podría presentar la solicitud¹⁵¹.

¹⁴⁹ SSCJ 3 noviembre 2004.

¹⁵⁰ Vid. art. 7.6, *in fine*, CADH que establece que "Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona".

¹⁵¹ El TCE ha reconocido legitimación activa al Letrado del detenido para instar el procedimiento de *hábeas corpus* a pesar de que la ley no lo prevea expresamente, quien actuaría en estos casos en representación de la persona privada de libertad (STCE 61/2003, de 24 marzo).

V.6.7.4.1.2 Forma y contenido

Como manifestación de ese carácter no formalista se prevé que pueda ser presentada por escrito firmado o por declaración en secretaría.

En la misma deberán indicarse, en lo posible, los siguientes datos: 1) el nombre de la persona en cuyo favor se solicita. 2) el lugar donde se encuentre. 3) el nombre o designación del funcionario o la persona que haya adoptado la medida de privar, cohibir o amenazar en su libertad física a otra o el encargado del recinto en el cual se encuentre. 4) una breve exposición de las razones por las que se invoca, que la medida que le priva, cohibe o amenaza en su libertad es ilegal. 5) la mención de que no existen recursos ordinarios ni es posible la revisión de la medida conforme a las reglas de este código (art. 382 CPP).

V.6.7.4.1.3 Tiempo

La petición puede ser presentada cualquier día (art. 382, párrafo último, CPP).

V.6.7.4.2 Presentación inmediata del impetrante

Presentada la solicitud el juez, tras comprobar que concurren los presupuestos legales y no se trata de ninguno de los supuestos de exclusión, ordenará la inmediata presentación del impetrante a los efectos de ser oído (art. 383 CPP). Como destaca la Exposición de Motivos del CPP la presentación de la solicitud obliga a una reacción inmediata de presentación del impetrante como una forma de ponerlo bajo protección judicial. Mediante la audiencia a la persona privada de libertad se garantiza la contradicción en el procedimiento, permitiéndole exponer sus argumentos contra la situación de privación de libertad o de amenaza de serlo¹⁵².

El mandamiento de *habeas corpus* debe ser cumplido y ejecutado sin que puedan invocarse defectos formales para no dar lugar al mismo (art. 384 CPP).

Cuando el funcionario a quien se le dirige un mandamiento de *habeas corpus* no presentare de forma inmediata a la persona a cuyo favor se expide, sin alegar una causa de fuerza mayor, será conducido en virtud de una orden general de captura expedida por el juez o tribunal (art. 385 CPP). Con esta disposición se pretenden evitar situaciones como las denunciadas por la ComIDH en el Informe de Seguimiento de las Recomendaciones sobre la Situación de los Derechos Humanos en la República Dominicana del año 2001, en cuyo apartado 55 se puede leer que "según organizaciones internacionales, durante el mes de septiembre de 2000, la policía realizó una serie de redadas, donde fueron detenidas entre 150 y 200 personas, quienes fueron llevadas a las cárceles La Victoria y Najayo y permanecieron allí por más de trece días sin que se abriera expediente alguno. Un recurso de *habeas corpus* fue interpuesto por miembros de la Comisión Nacional de Derechos Humanos ante el juez de la Octava Cámara Penal del Distrito Nacional,

¹⁵² El TEDH ha establecido, en relación a los procedimientos judiciales a que se refiere el art. 5.4 CEDH, la necesidad de que el interesado pueda comparecer ante un órgano judicial y tener la posibilidad de ser oído o, en su caso, mediante alguna forma de representación, sin lo cual no disfrutará de las garantías fundamentales de procedimiento que se aplican en la materia de privación de libertad (vid. SSTEDH caso WINTERWERP contra Holanda, de 24 octubre 1979, apartado 60; caso NIEDBALA contra Polonia, de 4 julio 2000, apartados 66-67).

quien luego de cuatro días sin obtener respuesta sobre la legalidad de las detenciones de parte de las autoridades responsables, ordenó comparecer al jefe de Policía, general Candelier, para que explicara los motivos y circunstancias de detención de las personas en cuestión. Según la información recibida por la Comisión, el Director del cuerpo policía se negó a asistir, lo cual fue apoyado públicamente por altas autoridades, quienes consideraron que dichas acciones estaban encaminadas a restablecer la seguridad ciudadana y no violaban ningún derecho fundamental. Esta posición imposibilitó el control efectivo de la rama judicial a los abusos de la Policía en el ejercicio de sus funciones. La Comisión deplora la actitud de desacato de parte del jefe de la Policía y observa con preocupación que esta actitud propicia la impunidad de las violaciones de derechos humanos cometidas por agentes de seguridad. La Comisión insta a las autoridades del Gobierno a apoyar las decisiones de los jueces a fin de garantizar un Estado de derecho en la República Dominicana”.

V.6.7.4.3 Audiencia y decisión

Tras oír a la persona privada de libertad o amenazada de serlo, el juez podrá resolver inmediatamente sobre la acción o fijar una audiencia convocando al funcionario demandado para que comparezca a los fines de exponer los motivos legales que justificaron su actuación. Dicha audiencia deberá celebrarse dentro de las 48 horas siguientes (art. 383 CPP).

La audiencia no podrá suspenderse por motivo alguno. En la misma el juez o tribunal escuchará a los testigos e interesados y examinará los documentos que se presenten. El juez o tribunal, tras apreciar los hechos alegados, deberá decidir en el acto rechazando o admitiendo la solicitud. En este último caso dispondrá que la persona privada o cohibida en su libertad o amenazada de serlo sea puesta en libertad o el cese de la persecución (art. 386 CPP).

La decisión decretando la libertad o el cese de la medida que la amenaza debe cumplirse inmediatamente. Ningún funcionario podrá negarse a cumplirla, bajo pretexto alguno (art. 387, párrafo primero, CPP). El funcionario que se niegue a cumplir, retarde o ejecute negligentemente la libertad decretada incurrirá en responsabilidad penal como reo de encierro legal, sin perjuicio de la acción civil por lo daños y perjuicios a que hubiere lugar. Además se procederá a su destitución (art. 387 CPP). El Estado será responsable solidario del pago de estas indemnizaciones (art. 390 CPP). Mediante estas disposiciones se pretende poner fin a los denominados “presos desacatados”¹⁵³.

V.6.8 Derecho a obtener una reparación por privación de libertad ilegal

Los textos internacionales reconocen a toda persona privada ilegalmente de libertad el derecho a obtener una reparación¹⁵⁴. Los ordenamientos jurídicos nacionales deben establecer mecanismos

¹⁵³ Esta previsión de ejecutoriedad inmediata de las órdenes judiciales de libertad con las contundentes consecuencias que conlleva su incumplimiento trata de poner fin a determinadas actuaciones policiales que se negaban a poner en libertad a las personas detenidas a pesar de tener pronunciamientos judiciales de libertad (vid. Informe de la ComIDH sobre la Situación de los Derechos Humanos en la República Dominicana de 1999, apartados 111 y 212-214).

¹⁵⁴ Vid. arts. 9.5 PIDCP y 5.5 CEDH (sobre el alcance de este último precepto vid. SSTEDH caso BROGAN y otros contra Reino

que posibiliten la obtención de una reparación cuando tenga lugar una privación de libertad arbitraria o ilegal.

Además de la previsión contenida en el procedimiento especial de hábeas corpus, que ya hemos indicado (arts. 387 y 390 CPP), se prevé la concesión de una indemnización al imputado que haya estado sometido a prisión preventiva o arresto domiciliario durante el proceso, cuando se declare que el hecho no existe, o no reviste carácter penal o no se compruebe la participación del imputado (art. 257 CPP)¹⁵⁵.

En estos casos, el Estado estará siempre obligado al pago de la indemnización, sin perjuicio de su derecho a repetir contra algún otro obligado (art. 258, párrafo primero, CPP). Cuando se trate de medidas de coerción sufridas injustamente, el juez o tribunal podrá imponer la obligación total o parcialmente, al denunciante o al querellante que haya falseado los hechos o litigado con temeridad (art. 258, párrafo segundo, CPP).

Dicha reparación debería indemnizar no sólo los daños materiales sino también los eventuales daños morales o inmateriales padecidos por la persona privada indebidamente de libertad¹⁵⁶. Uno de los parámetros a valorar para fijar el quantum indemnizatorio debería ser el tiempo de duración de la situación de privación de libertad¹⁵⁷.

V.6.9 Medidas de coerción reales

A diferencia de las medidas personales que tienen como finalidad garantizar la presencia del imputado en el juicio, las medidas cautelares reales o patrimoniales tratan de asegurar las eventuales responsabilidades pecuniarias (responsabilidades civiles, multas, costas procesales...) derivadas de la comisión del hecho delictivo. Otra de sus características es que recaen sobre bienes, muebles o inmuebles. Es esta finalidad específica y diferente en relación con las medidas de coerción personales la que sirve de fundamento para defender su compatibilidad con estas últimas, incluso con la prisión preventiva, por las razones que antes expusimos al analizar el significado y alcance de la previsión contenida en el art. 228, párrafo primero, in fine, CPP. Nada obsta a que durante la tramitación del procedimiento pueda adoptarse la medida de prisión preventiva con la finalidad de neutralizar el riesgo de fuga y, a su vez, se adopten medidas de coerción reales con la finalidad de asegurar las responsabilidades pecuniarias derivadas del hecho delictivo.

La víctima tiene derecho a ser resarcida de los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de la comisión del hecho delictivo. De ahí que la legislación procesal penal deba arbitrar los mecanismos adecuados y suficientes para garantizar este derecho. La Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea, de 15 de marzo de 2001 relativa al *Estatuto de la Víctima en el*

Unido, de 29 noviembre 1988; caso HOOD contra Reino Unido, de 18 febrero 1999, y caso N. C. Contra Italia, de 19 diciembre 2002).

155 La LOPJ española reconoce, en su art. 294.1, el derecho a obtener una indemnización a "quienes, después de haber sufrido prisión preventiva, sean absueltos por inexistencia del hecho imputado o por esta misma causa haya sido dictado auto de sobreseimiento libre, siempre que se le hayan irrogado perjuicios". A pesar del carácter restrictivo del precepto la jurisprudencia ha ampliado los supuestos de indemnización a los casos en que se declara la no participación del imputado en el hecho.

156 Vid STEDH caso WASSINK contra Holanda, de 27 septiembre 1990, apartado 38.

157 El art. 294.2 LOPJ española dispone que "la cuantía de la indemnización se fijará en función del tiempo de privación de libertad y de las onsecuencias personales y familiares que se hayan producido".

Proceso Penal, reconoce en el art. 9.1 el derecho a indemnización en el marco del proceso penal, estableciendo que “Los Estados miembros garantizarán a la víctima penal el derecho a obtener en un plazo razonable y en el marco del proceso penal una resolución relativa a la indemnización por parte del autor de la infracción, salvo cuando la legislación nacional disponga que, para determinados casos la indemnización se efectúe por otra vía”. Por su parte, el art. 9.2 declara que “Los Estados miembros adoptarán las medidas pertinentes para propiciar que el autor de la infracción indemnice a la víctima adecuadamente”.

Este derecho a la indemnización no aparece recogido expresamente en el art. 27 CPP como derecho de la víctima.

Las medidas de coerción reales aparecen reguladas en los arts. 243 a 245 CPP. Se establece una remisión a las reglas del Código de Procedimiento Civil y la legislación especial como normativa supletoria, en cuanto sean aplicables (art. 244 CPP).

Como destaca CUÉLLAR CRUZ tales medidas cumplen una función de tutela tanto para el Estado como para la propia víctima¹⁵⁸. Su finalidad es garantizar la reparación de los daños y perjuicios provocados por el hecho punible¹⁵⁹, el pago de las costas del procedimiento¹⁶⁰ (art. 243, párrafo primero, CPP), y el pago de las multas imponibles (cfr. art. 243, párrafo segundo, CPP).

Entre las medidas previstas el art. 243 CPP menciona expresamente **el embargo, la inscripción de hipoteca judicial u otras medidas conservatorias previstas por la ley civil**.

La adopción de tales medidas requiere de la previa solicitud de la partes¹⁶¹ o del ministerio público (cfr. art. 243 CPP). Este último podrá solicitar su adopción cuando la acción civil le haya sido delegada, y para garantizar el pago de las multas imponibles o de las costas.

Se consagra el principio de recurribilidad de las decisiones judiciales relativas a las medidas de coerción reales. Todas las decisiones judiciales son susceptibles de recurso de apelación. Apelación que no tiene efectos suspensivos, pues tal como establece el art. 245 CPP “la presentación del recurso no suspende la ejecución de la resolución”.

158 CUÉLLAR CRUZ, R., “Las medidas cautelares...”, cit., p. 19.

159 Sobre el ejercicio y régimen de la acción civil vid. Arts. 50 y ss. CPPRD.

160 Las costas procesales están reguladas en los arts. 246 y ss. CPPRD.

161 Sobre las facultades del actor civil vid. arts. 118 y ss. CPPRD.

Unidad VI

La Prueba en el Proceso Penal

Autor

Héctor Quiñones Vargas



Contenido

- El Sistema Acusatorio Adversarial en el Proceso penal y la Reforma al Código Procesal Penal en la República Dominicana • Definición del Concepción de Prueba: Material, Testimonial y Documental
- Técnicas de Adquisición de la Prueba • Procedimientos Técnicos y Cadena de Custodia
- Modos de Incorporación de la Prueba • El Rol de los Operadores en el Proceso Penal Adversarial • El Juez • El Fiscal • El Abogado Defensor • Los Testigos • Supuestos de Articulación y Entrada Tardía • Modos de Acreditación de la Prueba • Instancias de Autentificación e Identificación
- Criterios de Objeción

VI. Introducción

VI.1 El sistema acusatorio adversarial oral en el proceso penal y la reforma al Código Procesal Penal en la República Dominicana

Todo sistema procesal penal debe tener un propósito definido. Los operadores del sistema deben tener bien claro cuál será el paradigma del sistema procesal penal que se adopte para el servicio de la sociedad. Sólo así se podrá saber si se cumplen los propósitos y expectativas que en un principio se trazaron. Es decir, si no sabemos para dónde vamos, cómo sabremos si hemos llegado.

No es su carácter oral o escrito lo que define a un sistema como acusatorio adversarial, inquisitivo o mixto. Lo que distingue a un sistema de otro son los principios rectores que regirán todas las etapas del proceso. La *oralidad* o la *escritura* son simplemente las formas en que puede ser encauzado o administrado el mismo.

En los procesos acusatorios adversariales las partes litigantes presentan en los tribunales innumerables escritos en los cuales plantean incidentes y hacen peticiones amparados en las leyes vigentes. Los jueces, en muchas ocasiones, las resuelven por escrito. El que ello ocurra no lo convierte en un sistema inquisitivo ni deja de ser oral en su esencia.

El cambiar de un proceso penal inquisitivo o mixto a uno acusatorio adversarial requiere ineludiblemente un cambio de mentalidad y de actitud de parte de los operadores del sistema; así como también de la población en general. Es imprescindible que los operadores del sistema tomen conciencia de su nuevo rol. Es necesario también que las reformas penales que se hagan tengan como base o fundamento los principios que gobiernan el sistema de adversarios. Podríamos estar o no de acuerdo con un sistema inquisitivo o con un sistema acusatorio adversarial. Pero, sea uno o el otro el que se adopte, con todos sus defectos y virtudes, los operadores estarán advertidos de sus instituciones y sus reglas.

VI.2 Definición del concepto de prueba: material, testimonial y documental

La prueba se divide en prueba material, testimonial y documental. La material se utiliza con fines demostrativos. La evidencia demostrativa se divide en real e ilustrativa. La evidencia real es aquella que se ofrece para exhibir directamente el objeto pertinente. Tal es el caso de las armas de fuego, ropa, etc. La evidencia real puede ser, un ser humano mismo que se exhibe o presenta en corte como parte de la evidencia. Tal es el caso del niño y el presunto padre que son mostrados al juzgador para tratar de demostrar o negar paternidad a base de parecido físico entre ambos.

Evidencia ilustrativa es la que se hace con fines de ayudar al juzgador a entender la evidencia. Tal es el caso de los mapas, dibujos, croquis, etc. Las fotografías son también, básicamente, evidencia demostrativa ilustrativa.

De igual forma existe la evidencia científica. Los experimentos tienen como fin demostrar que ciertos hechos ocurrieron de determinada manera, la parte que ofrece la evidencia debe persuadir al tribunal que el experimento se realizó bajo circunstancias sustancialmente iguales o similares a las que existían al momento de ocurrir los hechos.

La evidencia documental son todos aquellos escritos necesarios para probar determinado hecho en controversia. Si lo que se quiere probar es el contenido de un escrito se debe requerir la presentación del escrito original. Si una parte escoge probar determinado hecho mediante el contenido de un escrito debe exigirse la presentación del original del escrito.

El contenido de un récord público u otro documento que esté bajo la custodia de una entidad u oficina pública puede ser probado mediante copia certificada del original expedida por funcionario autorizado, o copia declarada correcta o fiel por un testigo que la haya comparado con el original.

El contenido de escritos que en virtud de su gran volumen o tamaño no pueden ser examinados convenientemente en la sala del tribunal, podrá ser presentado mediante esquemas, resúmenes, o cualquier otra evidencia similar. Los originales o duplicados deben ser puestos a la disposición de las otras partes para ser examinados o copiados, en tiempo y lugar razonables. El tribunal podrá ordenar que se produzcan en sala los originales o duplicados.

La evidencia testimonial por ser la de mayor importancia práctica en el juicio oral adversarial se analizará en detalle más adelante.

VI.3 Técnicas de adquisición de la prueba

Para que la prueba sirva en el proceso para demostrar lo que se pretende con ella es necesario que se presente en condiciones similares a las que tenía en el momento de su recolección. Es por ello que la policía debe contar con los medios adecuados y la capacitación necesaria para que cuando recopile la evidencia no se altere la misma.

VI.4 Procedimientos técnicos y cadena de custodia

Cada persona que intervenga con la evidencia recolectada debe marcar la misma con sus iniciales y asegurarse que no sufra cambios. Debe llevar un seguimiento de los pasos que ha tenido dicha prueba desde que se recolectó hasta que es presentada en el tribunal. Por ejemplo, si la evidencia ocupada es droga la misma debe ser custodiada y llevada al laboratorio para su análisis correspondiente en donde el que la recibe debe marcarla igualmente con sus iniciales. Esto se hace con el propósito de que en la audiencia se demuestre que dicha droga no ha sido susceptible

de alteración alguna antes de presentarse la misma. En el sistema adversarial, a no ser que la parte contraria estipule la cadena de custodia como correcta, deben declarar en la audiencia todas y cada una de las personas que intervinieron en el tracto de la evidencia. Demostrar el cuidado que tuvieron para con ella, cómo la preservaron para evitar su adulteración, etc.

En el sistema adversarial, a diferencia del inquisitivo, la presentación de la evidencia, como veremos más adelante, siempre depende de personas que puedan acreditar su autenticidad. La prueba por sí sola no tiene ningún valor.

El propósito de la cadena de custodia es evitar error en la identificación del objeto y demostrar que la evidencia presentada no ha sufrido cambios sustanciales desde que fue ocupada el día de los hechos.

VI.4.1 Instancias en que se requiere la cadena de custodia

1. Para autenticar evidencia demostrativa real con características distintivas que la hacen fácilmente identificable, no es necesario establecer la cadena de custodia estricta como condición para su admisibilidad; tampoco lo es si se trata de evidencia debidamente marcada.¹
2. Para autenticar o identificar cierto tipo de evidencia demostrativa real, a saber, aquello que no es susceptible de identificación inmediata por sus características particulares y que no ha sido debidamente marcada - porque no es susceptible de ser marcada o porque no se marcó - se requiere acreditar una adecuada cadena de custodia estricta.²
3. También se requiere acreditar la cadena de custodia estricta como condición para su admisibilidad cuando la condición del objeto es lo relevante y el mismo es fácilmente susceptible de alteración.³

VI.4.2 Interrupción de la cadena de custodia

No toda interrupción de la cadena de custodia causa la exclusión de prueba. La barrera de admisibilidad queda salvada cuando, según la apreciación del juez, la evidencia sobre la custodia indica que la condición original del objeto no ha sido sustancialmente alterada o contaminada.

La mera posibilidad de una interrupción de la secuencia, no hace la evidencia material inadmisibles, sólo plantea una cuestión de peso de la prueba a ser adjudicada por el juez.

1 Ejemplo de esto sería, cualquier objeto que tenga un número de serie, como un arma de fuego o un billete. Un objeto inscrito con las iniciales o marcas de un policía u otra persona puede ser identificado por dicha marca, ya que la misma tiene el efecto de convertir el objeto en uno distinguible de los demás; al igual que una obra de arte puede ser identificada por sus características propias. En otras palabras, el proponente de la evidencia podrá demostrar la autenticidad, y la pertinencia, de la misma sin que sea absolutamente necesario demostrar la custodia o trayectoria exacta y precisa que tuvo dicha evidencia.

2 Así ocurre en caso de polvos, píldoras, líquidos y otra evidencia fungible.

3 Como por ejemplo, películas, grabaciones, etc..

VI.5 Modos de incorporación de la prueba

En el sistema adversarial, a diferencia del sistema inquisitivo, la presentación de prueba le corresponde a las partes y no al juez. Al fiscal le corresponde incorporar las pruebas contra el acusado y a la defensa las que favorecen a su representado, aunque por la presunción de inocencia que lo protege éste no está obligado a presentar prueba de descargo. Es el fiscal el que tiene el peso o carga de la prueba. Si no cumple con este requisito la obligación del juez es absolver al acusado. Las funciones de las partes en el sistema adversarial son muy distintas al sistema inquisitivo.

VI.6 El rol de los operadores en el proceso penal adversarial. El juez

Debido al cambio de sistema procesal penal que se producirá en el país es imprescindible que los jueces cambien su manera de pensar y de actuar en el proceso. Reconozco que es una tarea nada fácil, pues estamos hablando de cambiar una forma de pensar y una tradición muy arraigada por mucho tiempo.

EJEMPLO: Imaginemos un caso donde el fiscal le imputa el delito de robo de un reloj a una persona y cuando le hace el interrogatorio directo a la víctima del ilícito no logra que ésta declare que el acusado utilizó violencia contra ella al momento de la sustracción. El juez actuaría incorrectamente, si le preguntara a la víctima: “Lo cierto es que el señor acusado la agredió, es decir, utilizó violencia contra usted cuando le llevó el reloj.” Esa pregunta sería impropia de parte del juez, pues estaría invadiendo la función del fiscal. El juez estaría ayudando al fiscal aportando prueba (y de manera sugestiva) de un elemento necesario para que se configure el delito de robo: la violencia ejercida en la víctima. Esa responsabilidad bajo el nuevo sistema acusatorio es única y exclusivamente del fiscal. De nadie más. Si el fiscal no lo hace, nadie lo puede hacer por él. Quien no asimile esto no podrá comprender el sistema acusatorio. Es decir el juez es un árbitro objetivo entre dos partes adversarias.

Esa costumbre de ver y percibir al juez como si fuera un policía con el deber de acabar con la delincuencia y el crimen, así como, la costumbre de que el juez hará las gestiones para conseguir la prueba contra un imputado, no tiene cabida en un sistema acusatorio adversarial, si se quiere reconocer como tal. El juez, bajo el nuevo sistema, tiene que ser una figura totalmente neutral e imparcial, al menos objetiva. No como en otros sistemas donde se le percibe como un aliado de la acusación fiscal. Su deber es que el proceso se lleve a cabo de acuerdo a las leyes aplicables y se garantice siempre el debido procedimiento de ley. Cumplido esto, entonces le corresponde evaluar la prueba admitida y determinar si el Estado (a través del fiscal) ha logrado destruir la presunción de inocencia de la que goza el imputado del delito.

Sócrates dijo en una ocasión: “Cuatro cosas les pertenecen a los jueces: escuchar cortésmente, contestar sabiamente, considerar todo sobriamente, y decidir imparcialmente”.

Soy de la opinión, que si usted es un juez que entiende que debe hacer lo posible por lograr que el acusado salga culpable del delito que se le imputa, debe solicitar empleo como fiscal y no en el organo judicial. Pero si decide ser juez, por más que entienda, en su carácter personal, que el acusado es el culpable del delito, deberá absolverlo si el fiscal no cumple con su obligación jurídica de probar los cargos como lo exige el sistema acusatorio adversarial. Claro esto debe ser así en un sistema donde cada una de las partes cumple su función. Entiendo que se presentará un período transitorio en lo que cada uno de los operadores se acostumbra y asimila su nuevo rol dentro del nuevo proceso.

La actuación de un juez en Puerto Rico ante un caso que se celebró en su tribunal por el delito de robo explica este concepto cuando al terminar la presentación de la prueba por ambas partes litigantes expresó:

“Señor acusado, yo, Charles Figueroa Álvarez, persona, no tengo la menor duda de que usted ha sido el autor del delito de robo que se le imputa. Ahora bien, yo, Charles Figueroa Álvarez, juez, tengo la obligación legal de absolverlo y declararlo no culpable del mismo, debido a que el fiscal no ha presentado la prueba que requiere nuestro ordenamiento jurídico para derrotar la presunción de inocencia que a usted lo cobija.”

Ese incidente puede resultar impactante para un operador no acostumbrado al nuevo sistema. El juez en un sistema adversarial debe ser una persona decidida y comprometida a cumplir con su función ministerial aun por encima de su creencia personal o de cualquier presión pública en relación con la controversia que tiene ante su consideración. No es fácil lograrlo, sólo aquellos seguros de sí mismo y estables emocionalmente lo logran. Anímese y forme parte del selecto grupo.

VI.7 El fiscal

En un sistema acusatorio es el fiscal el que, desde el principio, está en posición de hacer mejor y verdadera justicia. Ello se debe a que es el primer funcionario dentro del sistema jurídico penal que tiene en sus manos la facultad de decidir el futuro de la persona que podría ser expuesta al sistema procesal penal.

En un sistema acusatorio el ordenamiento jurídico le exige a este funcionario que realice, en relación con los hechos delictivos, una investigación completa, responsable y profesional. Antes de someter al ciudadano al foro judicial, con el propósito de encausarlo criminalmente, debe asegurarse que cuenta con prueba (evidencia) veraz, competente y suficiente para así hacerlo. El incumplimiento de esta norma podría acarrear la destitución del fiscal. Sería una actuación negligente el que un fiscal presente una acusación ante el foro judicial rápidamente, sin corroborar; en cuanto le sea posible, a los testigos de cargo y hacer una razonable investigación. Esto se refiere más a la investigación que debería llevar a cabo un fiscal en un sistema acusatorio adversarial, pero ese no es el tema de esta unidad por lo que no abundaremos.

El interés del fiscal debe ser que se haga cumplida justicia, no el de ganar un caso. Para ello se requiere un alto grado de honestidad intelectual y un compromiso genuino con la verdad. Esta verdad deberá estar basada en la prueba que se tenga a disposición.

Cuando el fiscal investiga la posible realización de un hecho delictivo debe hacerlo objetivamente. Buscando siempre la verdad. Debe hacerlo como si el investigado se tratara de su hijo, su padre o algún familiar cercano.

Sería impropio y hasta delictivo que un fiscal oculte prueba con el propósito de favorecer su personal criterio en cuanto a los hechos que se investigan. El fiscal debe darle al acusado todas las oportunidades para que ejerza su defensa.

EJEMPLO: Recuerdo una vez cuando ejercía el cargo de fiscal me correspondió ver un caso donde se acusaba a una persona por poseer drogas ilícitas. En la preparación previa a la vista preliminar entrevisté al policía que había llevado a cabo la detención del imputado. Me pareció que me ocultaba parte de la verdad en cuanto a la forma en que intervino con el ciudadano y decomisó (ocupó) la droga que se utilizaría como prueba contra éste. Mi impresión, dado el curso normal de cómo ocurren los eventos de esa naturaleza, era que había actuado ilegalmente al momento del arresto -lo que es razón para que no pueda ser utilizada en el proceso la evidencia producto de la intervención (ilegal) con el ciudadano- y que tergiversaba los hechos para justificar su actuación. Al cuestionarlo al respecto se mantuvo firme en su versión. Como no poseía prueba objetiva e independiente de que en realidad me estuviese mintiendo, en cuyo caso hubiese solicitado de forma expedita el archivo de la causa, se comenzó con la audiencia.

En la vista preliminar le hice el interrogatorio directo en el cual relató la historia tal como me la había narrado antes. Durante el contra interrogatorio que le realizó el abogado defensor me convencí que el policía estaba mintiendo. El abogado estaba logrando que el testigo entrara en contradicciones importantes las cuales eran irreconciliables unas con otras. Yo me mantenía sentado en mi mesa de trabajo observando las respuestas y reacciones del policía, cada vez más reveladoras, ante las preguntas del abogado defensor. Mientras más lo "atacaba" este mayor era la desesperación del testigo, quien me observaba insistentemente esperando y deseando que yo objetara las preguntas del abogado y lo sacara del apuro en que se encontraba. Se quedó esperando mi auxilio jurídico, pues nunca objeté al abogado. Con mi mirada no hacía otra cosa que decirle; *-defiende ahora tu "verdad", no cuentes conmigo para llevar mentiras al proceso-*. Al finalizar la vista, el juez desestimó la imputación y ordenó la libertad del ciudadano. Decisión con la que estuve totalmente de acuerdo. Lo que estaba en juego era la libertad de un ciudadano. Pero más importante aún, estaba en juego la aplicación correcta del sistema jurídico penal.

Algunos pensaron que actué incorrectamente al desproteger al policía ante el "ataque demoledor" del abogado defensor. Consideré en ese momento que mi actuación fue la correcta y aún hoy así lo entiendo. Mientras nadie me convenza de lo contrario así seguiré pensando. Es deber del fiscal el que se descubra la verdad, independientemente a cuál de las partes ésta favorezca; y no el ganar un caso por el mero hecho de ganarlo.

El fiscal debe hacer todo lo posible por lograr que toda persona que ha violado las normas penales responda ante la sociedad por sus acciones. Debe recopilar toda la prueba que a su alcance esté para lograrlo. Le corresponde al fiscal presentar la prueba contra el acusado en el proceso. En el sistema adversarial ya no es el juez el que recopila la prueba de cargo. También, debe ser acucioso y perspicaz en su desempeño. Lo que no puede es intentar lograr sus objetivos siendo deshonesto y falseando, o permitiendo que otro falsee, la realidad. Debe de actuar siempre con “manos limpias”. En mi opinión, la buena reputación es el tesoro máspreciado del abogado litigante. Por nada ni por nadie debe poner en riesgo su buena reputación.

VI.8 El abogado defensor

Hay dos funciones básicas que a mi modo de ver tiene todo abogado defensor. Primero, velar porque en el proceso penal que se sigue contra su representado se cumpla con el debido proceso de ley y se le apliquen a éste todos aquellos derechos que le asisten. Segundo, hacer todo lo que esté a su alcance (legalmente, claro está) para lograr la absolución y, por ende, la libertad de aquél en relación con el cargo o cargos que se le imputan. Para el abogado defensor la justicia del caso consiste en que el fiscal no logre probar la imputación a su representado. Ciertamente, el acusado no busca los servicios de un abogado defensor para que se haga justicia (en el sentido de se descubra la verdad, máxime si en realidad es el autor del ilícito), sino para que haga todo lo posible por lograr su absolución en los cargos que se le imputan, independientemente de que sea o no el autor real de los mismos.

Para ello el abogado defensor debe cuidarse de no poner en riesgo su honra y su reputación. Al defender a su representado, puede usar todas las herramientas que el sistema le facilita. Toda su astucia y todas las artimañas posibles. Sin apartarse, claro está, de lo correcto y lo legal. Por ejemplo, nada tiene de incorrecto que un abogado, conociendo la real participación de su representado en los hechos que se le imputan, logre, por medio de los interrogatorios, que el juzgador le reste crédito a la versión de los testigos del fiscal. Hacer ver los testigos contrarios como mentirosos, aun sabiendo que dicen la verdad, es completamente válido si se hace utilizando correctamente las técnicas de la litigación oral. De hecho, hay quienes sostienen que el mayor éxito de un abogado defensor es lograr la absolución de un acusado que realmente cometió los hechos que se le imputan.

El abogado defensor debe preparar su estrategia y salir en busca de toda aquella prueba que favorezca a su representado.

No es con argumentos en el aire que se ganan los casos. Es necesario que se tenga prueba para sustentar los mismos. La prueba no llega por casualidad. Hay que salir a buscarla. El fiscal no saldrá a buscar la prueba que favorezca al acusado, aunque sí debería hacerlo. Le corresponde al abogado defensor dicha función. Después de todo para eso se la ha contratado.

VI.9 Los testigos

La función de los testigos en el proceso penal es sólo una: responder a las preguntas que le hagan las partes. El testigo no está en el proceso para dar su particular opinión o interpretación de los hechos que se juzgan. Está sólo para expresar lo que le conste de personal conocimiento en relación con los hechos pertinentes al caso y cuando le sea específicamente preguntado: para nada más.

VI.10 Supuestos de anticipación y entrada tardía

Según el Art. 287 del nuevo CPP, las partes pueden solicitar al juez un anticipo de prueba en determinadas ocasiones que se enumeran en el mismo. Entre éstas se especifica que se podrá anticipar prueba cuando es necesaria la declaración de un testigo que, por algún obstáculo difícil de superar, se presume que no podrá hacerse durante el juicio o, cuando por la complejidad del asunto, exista probabilidad de que el testigo olvide circunstancias esenciales sobre lo que conoce. Esto no debe ser utilizado como excusa para convertir el juicio oral en un juicio por papeles como ha ocurrido en otros países ante similares reformas penales. Ha ocurrido que se les toman anticipos de prueba a testigos que se pensaba que no pudieran hacerse presentes en el juicio y cuando llega el momento de celebrar el mismo se presentan los escritos del anticipo de prueba y no al testigo aún estando éste disponible para prestar testimonio. De esta forma se pierde el sentido de la inmediación y contradicción que se requiere en los juicios orales adversariales y el juez de juicio pierde la oportunidad de evaluar al testigo directamente, ver la forma en que éste declara, sus gestos, es decir, su lenguaje corporal, tan importante al momento de evaluar la credibilidad del testigo.

Si se toma un anticipo de prueba bajo este fundamento y al momento del juicio el testigo está disponible para declarar debe requerirse que lo haga y podría utilizarse su declaración prestada en el anticipo de prueba para confrontarlo por las partes en caso de declare en el juicio algo contradictorio con lo dicho por el mismo anteriormente. Pero no debe sustituirse el testigo y llevar el juicio por papeles.

El Art. 330 regula las nuevas pruebas en el juicio (incorporación tardía). Esto se da porque en las reformas se presenta la prueba en la etapa de instrucción y la prueba presentada allí es la que posteriormente será presentada en el juicio. Como norma general la prueba que no se presente en esa etapa no podrá ser presentada en el juicio. Esto presenta un problema pues hay evidencia que no pudo ser descubierta en la etapa de instrucción y no sería justo ni práctico impedir que la parte que descubre prueba en etapa posterior a la de instrucción no la pueda presentar por esa razón técnica.

El Art. 330 dice que el tribunal puede ordenar, excepcionalmente y a petición de parte, la recepción de cualquier prueba, si en el curso de la audiencia surgen circunstancias nuevas que requieran esclarecimiento.

Supongamos que mientras se celebra una vista pública en donde se juzga a una persona de homicidio culposo hay en el público una persona, que al oír el testimonio del testigo del fiscal, se percató que él estuvo presente en esos hechos que dan lugar a la acción penal. Nota además, que el testigo del fiscal está tergiversando los hechos y narrándolos de una manera muy distinta a como realmente ocurrieron. La persona se le acerca al abogado defensor y le indica que eso que está declarando el testigo no ocurrió de esa forma y le dice que él está dispuesto a declararlo en la vista pública bajo juramento. ¿Puede el abogado defensor solicitarle al juez que le permita presentar a ese testigo para refutar lo dicho por el testigo presentado por el fiscal?

Muchos jueces ante reformas penales similares han interpretado que no pueden admitir a ese testigo, puesto que para que procediera su admisión se hubiese tenido que, en la etapa de instrucción, incluido su nombre en la lista de testigos que la defensa se proponía utilizar en la vista pública. A esa altura del proceso es tardía la solicitud. ¿Cómo puede el abogado defensor saber en la etapa de instrucción cuáles testigos necesita para refutar a los testigos del fiscal, si no es hasta el juicio que los escucha por primera vez decir todo aquello que saben en relación con los hechos del caso, puesto que en las etapas anteriores los testigos no declaran? ¿Cómo es posible que ese abogado defensor hubiese podido anunciar el nombre de ese testigo en la etapa de instrucción si desconocía su existencia?

En un caso como el anterior se le estaría privando al acusado presentar prueba en apoyo de su defensa por un tecnicismo jurídicamente contradictorio. El propio sistema se estaría privando de la oportunidad de llegar lo más cercano posible a la “verdad real” y descubrir aquél que acude a sus salas de justicia a prestar falso testimonio bajo juramento.

En el sistema acusatorio adversarial esto es lo que se conoce como la prueba de refutación (rebuttal). Es aquella prueba que presenta una de las partes para refutar y contradecir la prueba presentada por la parte adversa. Es decir, en un proceso penal, luego que declaran los testigos del fiscal, le toca el turno a la representación legal del acusado para presentar su prueba originalmente planificada y toda aquella prueba disponible para refutar la prueba presentada por el fiscal. De igual forma, una vez que la defensa ha presentado su prueba original y la de refutación, le toca un segundo turno al fiscal para presentar, de tenerla disponible, aquella prueba de refutación de la prueba presentada por la defensa. En este segundo turno el fiscal sólo puede traer prueba de refutación. Estaría impedido de presentar aquella prueba que pudo haber presentado en su primer turno. Así se continúa hasta que ya no exista más prueba de refutación disponible para ninguna de las partes.

VI.II Modos de acreditación de la prueba

VI.II.I Requisito de acreditación o autenticación

El requisito de acreditación o autenticación como una condición previa a la admisibilidad se satisface con la presentación de evidencia suficiente para sostener una determinación de que la materia en cuestión es lo que el proponente sostiene.⁴

⁴ La autenticación de evidencia significa establecer que lo que el proponente sostiene que la evidencia es, efectivamente lo sea.

VI.12 Instancias de autenticación e identificación

De conformidad con el requisito anterior y sin que se interprete como una limitación, son ejemplos de autenticación o identificación los siguientes:

VI.12.1 Autenticidad mediante evidencia de la letra

Un escrito podrá autenticarse mediante evidencia de que la letra del autor es genuina. A esos fines, un testigo no perito podrá expresar su opinión sobre si un escrito es de puño y letra del presunto autor a base de su familiaridad con la letra de éste. La autenticidad podrá demostrarse también mediante la comparación o cotejo que haga el juzgador o un testigo perito del escrito en controversia con otro escrito debidamente autenticado.

VI.12.2 Identificación de voz

La voz de una persona podrá identificarse, ya sea escuchada directamente o a través de grabación o de otro medio mecánico o electrónico, por opinión formada a base de haberse escuchado dicha voz en alguna ocasión bajo circunstancias que la vinculan con la voz de la referida persona.

VI.12.3 Escritos antiguos

Cuando se determina que un escrito tiene por lo menos 20 años a la fecha en que se ofrece y que generalmente es tratado y respetado como auténtico por personas interesadas en conocer su autenticidad, y que al ser descubierto se hallaba en un sitio en que, probablemente, se hallaría de ser auténtico, el escrito quedará suficientemente autenticado, salvo que esté en condiciones tales que cree serias dudas sobre su autenticidad.

VI.12.4 Contenido de escritos

Un escrito podrá autenticarse con evidencia de que el escrito se refiere a, o contiene, asuntos que no es probable fueren conocidos por otra persona que no sea la que la parte que presenta la evidencia alega es el autor del asunto.

Acreditación o autenticación prima facie

No se debe requerir evidencia extrínseca de autenticación como condición previa a la admisibilidad de:⁵

Si no lo fuera no se acreditaría debidamente la pertinencia de la evidencia ofrecida. Por ejemplo, si el fiscal pretende presentar como evidencia el arma alegadamente utilizada por el acusado de homicidio para dar muerte a la víctima, autenticar el arma significa, sencillamente, establecer que la evidencia ofrecida - determinada arma y no otra - fue la que utilizó el acusado en la comisión del crimen imputado. Igualmente autenticar la evidencia ocupada al acusado - digamos la cocaína - y su examen positivo por el químico que la analizó, significa establecer que la sustancia analizada por el químico es la misma que le fuera ocupada al acusado, y por cuya posesión o distribución se le acusa. El requisito de autenticación puede satisfacerse mediante el testimonio de una persona que tiene conocimiento de que lo que se propone, es lo que realmente es. Así, por ejemplo, el testigo que presenció el asalto podría servir para autenticar el arma utilizada por el asaltante si ésta tiene características notables; el testigo que escribió el documento o presenció su redacción podría testificar para su autenticación. Lo mismo vale decir de una persona que estuvo presente o participó en una conversación, para identificar las voces. Adviértase que no toda evidencia auténtica es admisible. La autenticidad, lo mismo que la pertinencia de la evidencia, es condición necesaria pero no suficiente para su admisibilidad. Distintas reglas de exclusión pueden ser invocadas para la exclusión de la evidencia debidamente autenticada. Por ejemplo, un documento auténtico puede contener materia privilegiada inadmisibles.

5 En los siguientes casos el proponente satisface el requisito general de autenticidad con la presentación de la evidencia y el

VI.12.5 Documentos reconocidos

Documentos acompañados de un certificado de reconocimiento o de prueba, si el certificado cumple con los requisitos pertinentes en ley relativos a certificaciones, particularmente con las disposiciones del derecho notarial.⁶

VI.12.6 Documentos públicos bajo sello oficial

Documentos bajo sello oficial si éste aparenta ser el sello de:

VI.12.6.1 El Gobierno de la República Dominicana, o un departamento, agencia pública, ministerio o funcionario del Gobierno de la República Dominicana.

Dichos documentos deben estar firmados por la persona que aparenta ser la que los otorga.

VI.12.6.2 Publicaciones oficiales⁷

Libros, folletos u otras publicaciones presuntamente emitidas por autoridad pública.

VI.12.6.3 Periódicos o revistas

Material impreso que presuntamente sean periódicos o revistas.⁸

VI.13 Criterios de objeción

VI.13.1 Concepto y propósito

En el sistema oral se introduce proceso penal el concepto de la objeción. En el sistema acusatorio adversarial el término objeción significa poner reparo a algún elemento o material de prueba que se pretenda introducir al proceso por alguna de las partes litigantes o por el juez. Es objetable todo aquel elemento o material de prueba contrario al ordenamiento probatorio o procesal penal vigente. De igual forma, podrán ser objetables las actuaciones impropias de las partes y del juez en el proceso.

oponente puede traer evidencia extrínseca de la no autenticidad, en cuyo caso el tribunal tiene que hacer la determinación de autenticidad. Esto es, de ordinario la carga de producir evidencia extrínseca sobre la autenticidad recae sobre el proponente; pero por efecto de la aplicación de una de las presunciones de autenticidad, esta carga o peso de la prueba pasa al oponente.

- 6 Se trata de documentos notariados. La fe pública notarial es suficiente garantía para crear esta presunción de autenticidad. Sólo se exige que el reconocimiento o certificación de autenticidad se haga de conformidad con las leyes que gobiernan la materia. Esto no tiene que ver con la validez del negocio jurídico contenido en el documento; sólo tiene que ver con su autenticidad.
- 7 El proceso de falsificación en esta zona es mínimo, como puede apreciarse en la zona de leyes, reglamentos, informes anuales de agencias del gobierno. No se refiere a la verdad del contenido de estas publicaciones, sino a la autenticidad en sentido estricto. La regla se extiende a decisiones judiciales, informes legislativos, manuales, catálogos, etc.. No se excluyen publicaciones extranjeras. Que se trata de una publicación oficial puede establecerse por el contenido de la portada o de la primera página, como el sello de la agencia, la procedencia de la publicación, etc.
- 8 La regla se justifica por la escasa probabilidad de falsificación. Es un poco absurdo pedirle al proponente que establezca la autenticidad de lo que luce auténtico, como, por ejemplo, un ejemplar del periódico "Listín Diario". Debe ponerse en el escéptico la obligación de presentar evidencia de la no autenticidad. Piénsese en el caso del demandante por libelo que se le obligue a presentar evidencia sobre la autenticidad del periódico que contiene la información alegadamente libelosa.

Las partes se podrán objetar unas a otras, pero siempre por conducto del juez (efecto triangular). También pueden objetar cualquier pregunta o actuación del juez que no se ajuste a la normativa probatoria o procesal penal aplicable. Por ejemplo, si un juez hace una pregunta sugestiva a un testigo que está siendo sometido a un interrogatorio directo puede ser objetado por cualquiera de las partes. Es el mismo juez objetado quien deberá resolver la objeción. La decisión del juez podrá ser revisada en casación o en apelación.

Esto es así porque la objeción va dirigida al aspecto sustantivo de la prueba que se pretende introducir al proceso y no a la parte que pretende hacerlo. Si por algún fundamento jurídico le estuviera prohibido a alguna de las partes presentar alguna prueba o formular determinada pregunta, también lo estaría para el juez.

Nada impide que alguna de las partes objete las actuaciones del juez si éstas resultan impropias o contrarias al derecho aplicable. Si el juez conoce su rol dentro del proceso acusatorio y no tiene problemas de ego o autoestima declarará “ha lugar” o “no ha lugar” la objeción sin tomar represalias contra la parte que objetó su actuación. Actuando de esta forma, el juez se ganará el respeto y no el temor de las partes que ante él litigan.

Por último, cuando el juez, ante una objeción de la parte adversa, no le admita en el proceso alguna prueba, solicite, muy respetuosamente, hacer lo que en el sistema acusatorio anglosajón se conoce como un ofrecimiento de prueba. Es decir, solicite que quede constancia en las actas del caso el contenido sustantivo de dicha prueba no admitida por el tribunal. Ello se hace con el propósito de que en un futuro proceso de casación o apelación, el tribunal que revise dicha sentencia pueda evaluar el contenido de la prueba rechazada o excluida, y así determinar con corrección si la determinación del juez de instancia se ajustó al derecho aplicable.

VI.13.2 Requisitos de las objeciones

Las objeciones tienen tres requisitos básicos, a saber: deben ser oportunas, específicas y con el fundamento correcto.

VI.13.2.1 Oportuna

La objeción debe hacerse tan pronto surja la situación que da lugar a la misma. De no hacerse así debe considerarse tardía, y por ende, renunciada. Por otro lado, de nada serviría oponerse a algo cuando ya ha sido revelado y escuchado por el juzgador. El fundamento de la objeción, como se verá más adelante, puede surgir de la respuesta del testigo, ya que puede darse el caso en que no haya fundamento para objetar la pregunta, pero sí la respuesta.

En el sistema de adversarios: el derecho probatorio es rogado. Lo que quiere decir que las partes tienen que solicitar la aplicación de las normas probatorias reclamando así los derechos que éstas le confieren. Como norma general, el juez no puede de oficio (motu proprio), es decir, sin que alguna de las partes se lo haya solicitado, impedir la introducción de algún material o elemento de prueba, o la formulación de alguna pregunta. Lo anterior se fundamenta en los sistemas acusatorios adversariales en que la presentación de prueba, como norma general, es función de las partes adversarias en el proceso: fiscal y abogado defensor.

Al juez le corresponde la decisión en cuanto a la admisibilidad o no-admisibilidad de la prueba.

Asimismo, le corresponde su valoración. El juez también impone el orden en el proceso. Es decir, es un árbitro entre dos adversarios que dirime controversias a base de las pruebas que éstos tengan a bien presentarle.

VI.13.2.2 Específica

Al hacer la objeción, la parte debe señalar específicamente qué es lo que se objeta. No es fundamento válido objetar de forma genérica alegando que la prueba presentada le es perjudicial a su caso o a su estrategia. Si por ello fuera, ninguna prueba sería admisible, ya que toda la prueba de una de las partes, como norma general, es perjudicial para la parte contraria.

VI.13.2.3 Fundamento correcto

La objeción puede ser oportuna y específica, pero no debe proceder si no se invoca el fundamento correcto de acuerdo al derecho probatorio o procesal penal aplicable. Lo importante realmente es el fundamento que se invoque para que proceda la objeción. Como norma general, en un sistema acusatorio adversarial el fundamento para una objeción surge de las reglas de evidencia. En el nuevo sistema dominicano surgirán del nuevo CPP.

Puede ser que la prueba que se pretenda introducir al proceso sea objetable por alguna razón determinada por la ley, pero si la parte no expone el fundamento correcto de su objeción ésta pudiera ser declarada no procedente por el juez. Esto se debe a que hay que colocar al juzgador en posición de poder decidir de forma justa y correcta el señalamiento.

Es significativo señalar que una prueba puede ser inadmisibles por varios fundamentos jurídicos igualmente válidos y meritorios. Cualquiera de ellos que sea invocado por la parte que objeta es suficiente para que prevalezca su petición sin necesidad de tener que señalarlos todos.

En el caso de República Dominicana, por no contarse con un cuerpo de derecho probatorio separado del procesal penal, para hacer una objeción habría que basarse en las disposiciones que hubiere en el CPP. Por ser tan escasa en éste la reglamentación del derecho probatorio es por lo que más adelante expondremos un catálogo de las objeciones más comunes en el sistema acusatorio adversarial anglosajón y sus fundamentos. Ello con el solo propósito que pueda servir como guía persuasiva en los procesos penales del país a los litigantes y a los jueces para que, de entenderlo prudente y beneficioso para el sistema, apliquen las mismas utilizando el razonamiento que en cada una de ellas se expone.

VI.13.3 Tipos de objeción

Existen diferentes tipos y formas de objeción. Se encuentran, entre otras, las siguientes:

VI.13.3.1 Argumentada

Es aquella donde la parte, luego de formular la objeción, argumenta sobre ésta sin que nadie le haya solicitado explicaciones. Se utiliza por los litigantes para orientar al testigo en torno a lo que debe responder, dejándole saber que está respondiendo de forma no conveniente o recordarle

algún dato que haya olvidado mencionar en su relato. Hay objeciones que al ser argumentadas por las partes pueden influenciar al testigo, es por ello que las partes solicitan acercarse al juez para que sean discutidas y analizadas sin que éste escuche los argumentos vertidos en la discusión. Luego de dirimida y resuelta la controversia, el juez expresa en alta voz si declara con lugar o deniega la objeción y se continúa con el proceso.

Siempre que la discusión de la objeción se vaya a extender por largo rato, o cuando al exponer los argumentos que fundamentan la objeción se vaya a incluir información que el testigo no deba escuchar para no influenciar su testimonio, solicite del tribunal que se excuse y se retire al testigo del salón de audiencias hasta que tenga que continuar respondiendo a las preguntas.

Lo correcto es formular la objeción y no emitir argumentación sobre ella hasta que el juez se lo solicite, de entender que fuera necesario.

VI.13.3.2 Contínua

Es la objeción que se utiliza cuando a pesar de haber sido ésta denegada, continúa sucediendo el hecho que se objeta. Para evitar tener que seguir objetando continuamente y evitar repetidas interrupciones, se le indica al juez que se entienda por objetada toda la línea de interrogatorio similar a la ya objetada, si ese fuera el caso.

El propósito de hacer esto es que conste la objeción en las actas del proceso para efectos de una futura impugnación de la prueba en recursos posteriores de casación o apelación, sin necesidad de tener que estar objetando en la audiencia cada incidente similar.

VI.13.3.3 Estratégica

Es aquella que utilizan las partes con objeto de interrumpir y, por ende, darle descanso a su testigo, cuando está siendo seriamente afectado por el contra interrogatorio de la parte adversa. También se utiliza para sacar de balance o hacer perder el "hilo" de pensamiento a la parte que está contra interrogando a su testigo. Esta objeción se hace con conocimiento que la misma no procede esgrimiendo un fundamento erróneo o inaplicable, lo que da tiempo al testigo a descansar, tomar un respiro y pensar cómo ha de responder las preguntas de forma conveniente.

Si la parte que está preguntando no toma medidas apropiadas al momento de ocurrir dicha objeción, cuando se le permita continuar con su línea de preguntas, seguramente no recuerde dónde se quedó preguntando y la parte contraria logrará su propósito.

Para evitar que esto ocurra recomendamos que la parte que está formulando las preguntas anote en una hoja de papel la pregunta que fue objetada con el propósito que cuando reanude el interrogatorio, en aquellos casos en que no proceda la objeción, y no importando el tiempo que haya tomado la discusión de la misma, continúe en el sitio exacto donde lo dejó al momento de ocurrir la interrupción de la parte adversa.

La objeción estratégica no es nada ética. Sin embargo, es frecuentemente utilizada en el proceso oral y en la mayoría de las ocasiones logra su propósito.

VI.13.3.4 Cuándo se objeta y cuándo no se objeta

El primer requisito para que proceda una objeción es que la prueba que se pretenda introducir al proceso sea claramente inadmisibile al amparo de alguna disposición probatoria o procesal penal. Ahora bien, no siempre que se presente esta situación quiere decir que tiene la obligación de objetar.

Existen razones de tipo práctico y estratégico que podrían justificar hacer caso omiso de la objeción. Dado que toda objeción da la impresión de que se quiere ocultar algo, recomendamos que objete lo menos posible.

Si la prueba que la parte adversa pretende introducir al proceso es inadmisibile, pero a usted le conviene su admisión, es perfectamente válido no objetarla y permitir que se admita la misma. El hecho de que tenga derecho a objetar no quiere decir que esté obligado a hacerlo. Es por ello erróneo en el sistema de adversarios, como norma general, que el juez impida la introducción de determinada prueba o pregunta sin que ninguna de las partes haya objetado la misma.

En el nuevo sistema procesal penal el juez no es considerado como parte en el proceso. Es un "árbitro" que actúa a petición de una de éstas. Claro, nada impide que en un caso de extremo *abuso del derecho* por alguna de las partes litigantes el juez actúe para asegurarse que el sistema fluya como es debido. Pero esa debe ser la excepción y no la norma.

Es importante objetar oportunamente, como ya se ha comentado, para dejar constancia de éstas en las actas del proceso para recursos posteriores de casación o apelación. En los procesos acusatorios la objeción que no se formule en instancia se entiende renunciada por la parte que tenía el derecho de hacerla, y el asunto en controversia, como norma general, no puede ser cuestionado en recursos posteriores. Es por ello que debe quedar constancia en las actas del proceso que la prueba en controversia fue debidamente objetada en el momento oportuno, concediéndole así al juez la oportunidad de enmendar el error. Por último, recuerde que lo estrictamente correcto es que no se debe objetar cuando no existe fundamento en la ley para hacerlo.

VI.13.3.5 Cómo se objeta

No hay una forma uniforme de formular la objeción. Recomendamos que el litigante se ponga de pie y exprese su objeción a la prueba sin expresar el fundamento jurídico que sustenta su petición hasta que el juez se lo requiera.

Cuando se objeta hay que hacerlo de forma profesional. No debe ser percibido como un acto personalista contra la parte adversa. Es muy mala práctica de litigación el convertir la audiencia en una riña personalista entre las partes. Se acusan mutuamente con insultos e improperios que nada tienen que ver con lo que se discute en el caso. Peor aún, es que los jueces permitan que esto suceda en sus salas de audiencias.

La parte que objeta debe ponerse de pie y con firmeza, pero con respeto, decir "*objeción*". Esperar entonces que el juez le solicite el fundamento de la misma. No sólo se debe poner de pie cuando

se interpone una objeción. Recomendamos también que las partes se pongan de pie cada vez que se dirijan al juez y cada vez que el juez se dirija a ellas. Ello, por respeto a la figura del juez y al respeto que siempre debe imperar en el proceso. Aunque no se le exigiera, puedo asegurar que creará buena impresión en el juzgador si así lo hace. Sobre todo, si la parte contraria permanece sentada ante similar situación. Distíngase siempre apartándose de lo común, trae beneficios.

VI.13.3.6 Objeciones invocadas con mayor frecuencia en el sistema acusatorio adversarial

El propósito de esta sección es dar a conocer algunas de las posibilidades en las cuales las partes pueden interponer una objeción en el proceso acusatorio adversarial.

En el nuevo CPP es escasa la reglamentación de las objeciones. Sólo está reglamentada la objeción en relación con las preguntas capciosas, impertinentes y sugestivas, esta última sólo en el interrogatorio directo. Además, es de notar que expresamente le impone al juez evitar que los testigos respondan dichas preguntas. De ello parece ser que emana la práctica de los jueces de evitar este tipo de preguntas aun en ausencia de objeción de alguna de las partes. El problema es que si se permite que los jueces interfieran con lo que debe ser función de las partes adversarias deja de ser un sistema acusatorio adversarial.

En el sistema acusatorio anglosajón no existe como tal un catálogo enumerado de objeciones, ya que el fundamento jurídico de éstas surge de la reglamentación probatoria aplicable. Es por ello que difícilmente encontrará una sección como ésta en algún texto escrito para ese sistema. Pero debido a que en República Dominicana el sistema oral adversarial se implementará pronto y no existe un código probatorio ni la tradición ni la práctica de interponer objeciones, expondremos una lista de las más invocadas por los litigantes en el sistema acusatorio anglosajón, con el propósito que pueda servir de guía persuasiva en el proceso local y pueda servir a los litigantes para intentar persuadir a los jueces que apliquen las mismas, utilizando el razonamiento que en cada una de ellas se expone. Algunas de ellas, como se observará, están ya expresamente reglamentadas en el nuevo CPP.

VI.13.4 En relación con las preguntas de las partes y las respuestas del testigo

VI.13.4.1 La pregunta solicita información impertinente

Como norma general toda prueba impertinente debe ser inadmisibles en el proceso penal y, por tanto, susceptible de ser objetada. La objeción basada en la impertinencia de la prueba encuentra su fundamento jurídico en el nuevo CPP, donde dice que es pertinente todo aquello que se refiera directa o indirectamente al objeto de la averiguación y sea útil para el descubrimiento de la verdad. Igualmente, la prueba impertinente queda expresamente prohibida. Todas las pruebas que se admitan en un proceso penal deben ser pertinentes a la causa que se juzga. Ahora bien, no debemos confundir el concepto de pertinencia con el de relevancia. Determinado asunto puede ser muy relevante, es decir, de mucha importancia, pero si carece de pertinencia a la causa que se juzga no debe permitirse que se incorpore al proceso. Por otro lado, un asunto puede ser poco relevante, pero sí muy pertinente al proceso. Por ejemplo, el que se haya adoptado el Euro

como moneda única en gran parte de Europa Occidental ciertamente constituye un hecho o acontecimiento muy relevante, pero a su vez impertinente en un proceso donde se esté juzgando a un ciudadano por el homicidio de una persona en Santo Domingo. Por el contrario, una lata de cerveza tirada en el suelo de una habitación es un hecho totalmente irrelevante. Sin embargo, en ese mismo caso de homicidio esa lata de cerveza podría ser muy pertinente al proceso puesto que la misma pudiese tener impregnadas las huellas del autor del ilícito.

VI.13.4.2 La pregunta es sugestiva

La pregunta sugestiva es aquella pregunta que sugiere al testigo la respuesta deseada por la parte que lo interroga. Es decir, aquella que además de buscar una respuesta incluye la misma en la pregunta. Este tipo de pregunta queda expresamente prohibida, en los interrogatorios directos. Por tanto, esta objeción sólo procede cuando la pregunta sugestiva se hace en el interrogatorio directo del testigo.

La razón de ser de esta prohibición es que en el interrogatorio directo quien está testificando es el testigo ofrecido por la parte que lo interroga y sus respuestas deben surgir de forma espontánea y no inducida por la parte que lo presenta. En el contra interrogatorio, por el contrario, el que formula las preguntas es la parte adversa y su propósito, como norma general, es confrontar a ese testigo y destruir o minar su credibilidad siendo la sugestividad el método más efectivo para lograrlo.

Por último, recomiendo que se objeten sólo aquellas preguntas sugestivas en las cuales la sugestividad esté relacionada con la médula o aspectos cruciales del caso. Si la sugestividad es sobre temas introductorios, triviales, o asuntos que no habrá duda que serán establecidos posteriormente de cualquier manera, no se debe estar interrumpiendo el proceso continuamente aun cuando la parte adversa esté siendo sugestiva. No agote sus "municiones" objetando trivialidades. Resérvelas para cuando sea realmente necesario. Si objeta por todo, cuando objete por algo verdaderamente importante el juzgador no le prestará atención con seriedad a su petición.

VI.13.4.3 La pregunta es repetitiva

Si la pregunta formulada es respondida por el testigo, no debe permitirse que se siga repitiendo la pregunta una y otra vez, pues sería la de nunca acabar. Además, se prestaría para que una parte haga énfasis impropio en un punto en específico. No quiere esto decir que no se pueda repetir una pregunta. Lo que se pretende es que no se continúe con el mismo asunto si el mismo ya fue respondido apropiadamente.

La pregunta repetitiva no se refiere a que una parte no pueda hacer una pregunta que haya sido formulada ya por la parte contraria en su turno de interrogatorio, es decir, sobre hechos ya acreditados. Para esa parte sería la primera vez que formula la pregunta aunque ya la haya hecho la parte adversa en su turno de preguntas. Tampoco debe objetarse una pregunta por el simple hecho que ya se haya formulado con anterioridad por la misma parte que la hace. Esta objeción es para evitar que una parte continúe preguntando sobre el mismo asunto una y otra vez.

VI.13.4.4 La pregunta es compuesta

Las preguntas deben ser hechas de forma clara y precisa para que tanto el testigo como el juzgador no se confundan. Las preguntas compuestas, es decir, dos o más preguntas en una, tienden a confundir y en los procesos de naturaleza penal eso es lo menos aconsejable, aunque algunos abogados defensores son de la opinión, sin estar muy lejos de la realidad, que la mejor táctica para lograr la absolución de su representado es precisamente crear confusión en el juzgador. Sin embargo, lo correcto es hacer una pregunta a la vez, pues el testigo debe tener la oportunidad de aceptar una y negar otra. Por ejemplo, si se le pregunta al testigo si entró o no en el restaurante y almorzó, el testigo debe tener la oportunidad de negar cualquiera de los dos elementos de la pregunta.

VI.13.4.5 La pregunta asume hechos no acreditados

En una pregunta no se pueden asumir hechos sobre los cuales el testigo no ha declarado con anterioridad, puesto que de ser así quien estaría declarando es la parte que formula la pregunta. Cuando así se hace, el interrogador lo que busca es que el testigo dé por cierto un hecho que no ha sido acreditado por éste con anterioridad. Por ejemplo, sería objetable bajo esta premisa que una de las partes le pregunte a un testigo: "¿En dónde se encontraba su carro azul cuando llegó al lugar de los hechos?", si el testigo, aunque hubiese declarado que llegó al lugar en su carro, en ningún momento de su testimonio mencionó el color del mismo.

De permitirse esto ya estaría en las actas del proceso y en el recuerdo del juzgador que el carro era azul aún cuando el testigo nunca mencionó ese dato y fue la parte en la formulación de la pregunta quien lo mencionó por primera vez. También sería objetable si se le preguntara al testigo: "¿Qué hizo inmediatamente después de salir de la tienda?", en el caso en que éste no haya testificado que estaba en la tienda y ello constituye un hecho en controversia.

Esta táctica se utiliza mucho por fiscales y abogados defensores que no logran probar algún aspecto crucial en beneficio de su causa y ponen palabras en boca de los testigos con dicho objetivo. Si no se está atento a estos detalles, y se objeta oportunamente cuando ello ocurra, la parte que interroga logrará su propósito.

VI.13.4.6 La pregunta es especulativa

La pregunta especulativa es aquella que supone hechos no ocurridos en la realidad e incita al testigo a presumir, imaginar, suponer, y a emitir su particular opinión sobre hechos ficticios e irreales. Ejemplo de ello sería, que una parte, en un caso de un accidente de tránsito ocurrido en un día lluvioso, le preguntara al testigo: "¿Cree que si no hubiera estado lloviendo ese día, el accidente hubiese ocurrido de la misma forma en que sucedió?" Es especulativa, pues supone hechos que no corresponden a la realidad de lo que supuestamente ocurrió.

Si se permitieran las preguntas especulativas en un proceso acusatorio podría estar días y meses haciéndolas. Es decir, podría preguntar todo aquello que se le ocurriera en cuanto a qué hubiese pasado si tal o cual cosa hubiese o no ocurrido.

Este tipo de pregunta también podría ser objetable por ser pregunta impertinente, pues en nada

ayuda a la búsqueda de la verdad el hecho supuesto en la pregunta. Esto es así, ya que si lo que se cuestiona en la misma no es sobre lo que ocurrió en realidad, es decir, sobre el objeto de la averiguación, no sería pertinente para el descubrimiento la verdad del hecho como lo requiere el nuevo CPP.

VI.13.4.7 La pregunta es capciosa

Las preguntas capciosas, prohibidas por el nuevo CPP, son aquellas que, basadas en el artificio o el engaño, se hacen con el propósito de obtener conclusiones favorables a la tesis de aquel que formula la pregunta. Son aquellas que encierran engaño o pueden provocar confusión.

El ejemplo clásico de la pregunta capciosa es cuando se le pregunta en forma aseverativa al testigo: "Lo cierto es que ya usted dejó de pegarle a su esposa". Como quiera que responda, ya sea afirmativa o negativamente, estará reconociendo que le ha pegado a su esposa.

Puede considerarse una pregunta capciosa además, aquella que una de las partes, en su turno de contra interrogatorio, le formula al testigo en forma afirmativa: Ej: "¿Lo cierto es que usted le dijo al policía, en el lugar del hecho, que Pedro llegó allí como a la media hora de haber ocurrido el incidente?" Si la parte que pregunta no tiene evidencia independiente de ese hecho el testigo le podrá responder que nunca dijo eso, pero ya quedó en la mente del juzgador ese dato, por ende: la duda.

Este tipo de preguntas la utilizan mucho los litigantes con el propósito de hacerle llegar prueba al juzgador por medio de la pregunta formulada y no por la respuesta del testigo.

En ese caso debe solicitar que la parte que interroga haga una oferta de prueba, es decir, que demuestre que tiene prueba independiente para evidenciar que eso fue así independientemente de lo que responda el testigo. En el ejemplo anterior, ésta prueba podría ser: que el policía esté disponible para declarar en ese sentido, o que tenga disponible un testigo que declare que lo escuchó porque estuvo presente cuando eso ocurrió. De lo contrario, se estaría permitiendo que dicha parte hiciera una pregunta con datos o hechos de los cuales aún no se ha desfilado prueba para sustentar su alegación, o con datos falsos inventados por ésta. Otro ejemplo sería, que el abogado defensor, en su turno de contra interrogatorio, pregunte a la víctima del ilícito, en forma afirmativa y sin tener prueba para sustentar la afirmación: "¿Lo cierto es que usted dijo en la plaza pública que tenía dudas sobre quién realmente lo había asaltado?" El problema con esta pregunta es que a menos que el que la formule tenga prueba independiente a esos efectos, al igual que en el ejemplo anterior, la pregunta de por sí transmite un hecho falso y tal situación deja en desventaja a la parte contraria al no poder ésta estar preparada para rebatirla.

Este tipo de estrategia no es permisible. Se debe objetar y solicitar que en ese instante se haga una oferta de prueba, en ausencia del testigo, para demostrar que se tiene prueba independiente sobre ese hecho. Si no puede producir tal prueba, la parte adversa a la que está interrogando, debe solicitar al juez que no permita la pregunta.

VI.13.4.8 La pregunta o la respuesta es de carácter referencial

(prueba de referencia) En el proceso acusatorio adversarial es principio cardinal el que

las partes tengan la oportunidad de confrontarse con las pruebas del contrario, especialmente cuando de la prueba contra el acusado se trata. Es lo que se le ha denominado el derecho a la contradicción o confrontación.

La prueba de carácter referencial, también conocida como prueba de oídas, como norma general, no permite que se le dé cumplimiento a dicho principio.

Para los fines de este trabajo entiéndase como prueba de carácter referencial o testimonio de referencia, aquel en que un testigo suministra información que no le consta de propio y personal conocimiento, sino que la supo por referencia de otro, en otras palabras, porque otra persona se lo contó.⁹

El siguiente ejemplo explicará la situación: Supongamos que en un caso de asesinato un testigo declara que su vecino, el cual no testificará en la vista pública, le dijo que fue al acusado a quien él vio matando al occiso. Si esta declaración se permitiera en el proceso se estaría dejando huérfano al acusado para poder confrontar esa aseveración, ya que quien la hizo, con supuesto conocimiento personal, no está presente en la vista para poder ser confrontado. Es decir, la credibilidad que está en controversia es la de una persona que no está presente en el juicio y su comportamiento y forma de declarar no podrán ser observados por el juzgador.

Lo mismo ocurriría cuando un testigo de defensa declara algo que constituye prueba de carácter referencial, ya que se le estaría privando al fiscal de contra interrogar a la persona que realmente tiene el conocimiento directo de la aseveración que se pretende introducir como prueba en el caso.

Hay que aclarar que, de acuerdo al derecho probatorio del sistema anglosajón, para que lo manifestado sea considerado como testimonio de referencia, y por tanto inadmisibles a menos que caiga bajo alguna de las excepciones estipuladas en el Código Probatorio (Reglas de Evidencia), la manifestación debe tener algún contenido que pueda ser cierto o falso, y que dicha manifestación, al ser transmitida al tribunal por el testigo que la oyó, se produzca para probar la verdad o la falsedad de lo manifestado. Es decir, tiene que ser una aseveración: sea ésta positiva o negativa. Una oración interrogativa, es decir, una pregunta (Ej. ¿qué día es hoy?), no es verdadera ni falsa. Lo mismo que una orden o mandato (Ej. ¡coloca esas cajas en la bodega!). Por tanto, no serían consideradas prueba referencial.

Esto es importante tenerlo claro, ya que jueces, fiscales y abogados defensores, pueden inclinarse a considerar que todo lo que un testigo exprese que alguien le haya dicho es prueba de carácter referencial. Basta que el testigo diga "fulano me dijo..." para que se produzca de inmediato una objeción, y enseguida el pronunciamiento del juez: "Con lugar".

Veamos como la Suprema Corte de Puerto Rico, utilizando unos ejemplos sencillos, aclaró el concepto básico de la prueba de carácter referencial.

El testigo declara: "Juan me dijo que me fuera para mi casa". Esa manifestación de Juan no implica la expresión de algo cierto o de algo falso, y no es por tanto, al ser relatada por el testigo, prueba de referencia.

⁹ En el derecho anglosajón el concepto de prueba de referencia es mucho más abarcador y cubre aspectos más allá que el mero testimonio de oídas. En este trabajo sólo nos limitaremos a la prueba de carácter referencial vía testimonio, es decir, a la prueba de oídas.

El testigo declara: “Juan me dijo que Pedro hurtó el dinero”. Lo manifestado por Juan -Pedro hurtó el dinero- puede ser cierto o puede ser falso. Ahora bien, debe determinarse con qué propósito se reproduce esa manifestación ante el tribunal, pues de ello dependerá si es o no prueba de referencia. Si lo que se trata de probar es quién hurtó el dinero, sería prueba de referencia, y por tanto, inadmisibles. Pero si sólo se quiere probar que Juan hizo esa manifestación -no si lo dicho por Juan es o no cierto- no es prueba de referencia.

Dos ejemplos ilustran este punto: Supongamos, en primer lugar, que se le celebra juicio a Pedro por haber agredido a Juan. El fiscal presenta un testigo que declara haber visto cuando Pedro agredió a Juan. Se le pregunta: “¿En qué momento agredió Pedro a Juan?” El testigo responde: “Cuando Juan dijo que Pedro hurtó el dinero”. Mediante ese testimonio se establece el móvil de la agresión, a saber, la imputación hecha por Juan a Pedro. Lo manifestado por Juan no es, en ese primer supuesto, prueba referencial, pues no se presenta para probar que Pedro hurtó el dinero.

Tampoco lo es en el siguiente supuesto: Pedro está acusado de haber hurtado determinado dinero. Un policía que investigó el hurto entrevistó a Juan y éste le dijo que Pedro hurtó el dinero, y que lo sabe porque él lo vio. En la audiencia, el fiscal llama a declarar a Juan para que testifique lo que dijo al policía, pero Juan dice no saber quién hurtó el dinero. El testimonio del policía no es en ese momento presentado al tribunal para probar que Pedro hurtó el dinero, ya que sería inadmisibles para ese propósito. Sería admisible únicamente para desacreditar a Juan, es decir, demostrar que Juan mintió cuando declaró como testigo y dijo no saber quién hurtó el dinero. El testimonio del policía a este efecto no es prueba de referencia. Es prueba de un hecho: que Juan le dijo que Pedro hurtó el dinero.

En resumen, para que la manifestación que se pretende introducir como prueba se considere prueba de carácter referencial o testimonio de referencia, debe tener algún contenido que pueda ser cierto o falso, y que la misma se reproduzca para probar la verdad o falsedad de lo aseverado o manifestado.

VI.13.4.9 La pregunta es argumentativa

La pregunta argumentativa es aquella que se refiere esencialmente a discutir con el testigo sugiriendo falsedad por parte de éste.

Si la respuesta que le ofrece el testigo a la parte que lo interroga no es la que ésta esperaba o deseaba puede formular otras preguntas para aclarar la situación, pero no puede entrar en argumentaciones o discutir con el testigo. La parte litigante pregunta y el testigo responde, esas y no otras son sus funciones en cuanto a los interrogatorios se refiere.

VI.13.4.10 El testigo no responde lo que se le pregunta

Esta objeción puede fundamentarse en que las respuestas de los testigos deben ser directas y concretas a las preguntas que se le formulen.

El testigo está en el proceso para responder a las preguntas que se le formulen y no para lo que él desee expresar. Por tanto, su respuesta debe limitarse a lo que en específico se le preguntó y no más. Esta objeción puede ser invocada por la parte que no está formulando el interrogatorio. Es decir, cuando la pregunta la hace la parte contraria y el testigo no responde lo que se le pregunta. Pero también puede ser formulada por el que está contra interrogando al testigo y éste responde algo distinto a lo que se le pregunta. En ese caso, se puede solicitar el auxilio al tribunal para que oriente y ordene al testigo a responder lo que se le pregunta.

Si el que no responde en propiedad es el testigo de la propia parte que está formulando el interrogatorio directo, en ese momento el interrogador debe interrumpirlo, y cortésmente, indicarle que no está respondiendo a su pregunta, y procede a formularla nuevamente.

VI.13.4.II La pregunta es ambigua

La pregunta ambigua es aquella que no es clara, que no se entiende o que puede estar sujeta a varias interpretaciones por parte del testigo. ¿Cómo puede exigirse o pretenderse una respuesta directa y concreta si la pregunta resulta confusa en su exposición?

VI.13.4.I2 El testigo responde más de lo que se le pregunta

Esta objeción se hace cuando el testigo responde correctamente la pregunta, pero continúa declarando sobre aspectos que no se le formularon en la misma.

Tan pronto el testigo responde lo que se le preguntó, ahí debe terminar. Si continúa declarando sobre algo que no fue parte de la pregunta se debe objetar inmediatamente, a no ser que lo que continúe declarando no afecte el caso de ninguna de las partes, y éstas por cuestiones de estrategia, decidan no ejercer su derecho a objetar.

VI.13.4.I3 El testigo emite opinión y no es perito

Los testigos, excepto aquellos cualificados como peritos, sólo pueden declarar sobre los hechos que le consten de propio y personal conocimiento. Únicamente los testigos cualificados como peritos pueden emitir opiniones sobre su campo de especialización. Por tanto, cuando un testigo que no haya sido acreditado como perito emite su opinión personal sobre determinado asunto, puede ser objetado.

VI.13.4.I4 El testigo emite conclusión valorativa

La función de los testigos es responder las preguntas que le sean formuladas. No están para emitir conclusiones o juicios de valor a lo observado por ellos ni para hacer suposiciones o interpretaciones personales de lo que haya sucedido. Por tanto, su función es describir lo observado u oído por ellos y es el juzgador, con base en esa información, el que debe hacer las conclusiones correspondientes. Un ejemplo muy común es cuando un testigo afirma algo como lo siguiente: “Pedro salió corriendo porque me vio”. Ello es una valoración y conclusión muy personal del testigo, puesto que quién únicamente podría declarar si Pedro salió corriendo porque lo vio, con

firmeza y conocimiento, es precisamente la persona que salió corriendo (Pedro) y no el testigo que así lo percibió. Nadie podría dar fe por lo que vio otro, ni de que ello fuera la razón para actuar como lo hizo. Sólo se podría permitir que declare que Pedro salió corriendo, pues de ello si puede dar fe.

Otra conclusión valorativa muy común es cuando el testigo al responder la pregunta supone, por ejemplo, que tal cosa ocurrió por determinada razón. Si fuera cuestión de suponer todos podrían suponer algo distinto y no es de eso que se trata el proceso. El testigo sólo puede declarar lo que le consta de propio y personal conocimiento. Las suposiciones de los testigos no tienen cabida en el sistema acusatorio.

Se podrían permitir aquellas inferencias del testigo basadas en sus percepciones, como por ejemplo, que un testigo declare que en el estadio se estaba jugando fútbol, sin que se le requiera que describa lo que hacían los jugadores, es decir, que iban pasándose el balón unos a otros, etc. También se permitiría aquella inferencia en la cual el testigo exprese que “el vehículo iba regateando con otro”, pero no sería permisible que expresara que el conductor de ese vehículo “conducía negligentemente”, ya que eso sería una determinación del juzgador de acuerdo a toda la prueba que se presente en el proceso.

VI.13.4.15 La pregunta se refiere a materia privilegiada

Ésta se refiere a aquella información que, aunque pertinente, se excluye por ser materia confidencial, secreto profesional, estatal o de seguridad de Estado, relación entre cónyuges, relación abogado-cliente, etc. Todo depende de las materias privilegiadas expresamente legisladas en el nuevo CPP para poder invocar la objeción. Estos privilegios deben ser interpretados de forma restrictiva.

VI.13.5 En relación con la actuación de las partes

VI.13.5.1 No cita correctamente lo declarado por el testigo

Esto ocurre cuando la parte que contra interroga, antes de formularle la pregunta al testigo, le cita extractos de lo que éste declaró en el interrogatorio directo y al hacerlo utiliza palabras que no fueron las exactamente usadas por aquél cuando prestó su testimonio. Esto crea confusión y lleva a las actas del proceso un dato falso. Por ejemplo, supongamos que en el interrogatorio directo un testigo declaró: “*Estaba sentado frente a mi casa cuando observé al acusado pasar por la calle*”. En el contra interrogatorio la parte adversa le formula la siguiente afirmación: “*Usted declaró que estaba sentado cómodamente frente a su casa cuando observó al acusado pasar por la calle*”. En ese caso procedería esta objeción ya que lo que el testigo declaró en el interrogatorio directo fue que, “estaba sentado frente a su casa...”. En ningún momento dijo que estaba sentado “cómodamente”. Ese calificativo se lo añadió la parte adversa al contra interrogarlo.

Hay que recordar que en asuntos jurídico-legales una palabra puede cambiar el resultado de un pleito. Por tanto, es esencial que se utilicen siempre las palabras correctas y adecuadas. Máxime cuando lo que se está haciendo es citando lo vertido por un testigo en su declaración. Después de todo, es esa declaración lo que constituye la prueba del caso y debe ser citada, por tanto, correctamente.

VI.13.5.2 No permite que el testigo responda

Luego que la parte formula una pregunta tiene que permitir que fluya la respuesta del testigo, independientemente que la misma le desagrade o no le favorezca. Claro, para ello, la respuesta brindada tiene que ser respondida acorde a lo preguntado. Si se le permitiera a la parte que está interrogando interrumpir una declaración responsiva del testigo, a su antojo y conveniencia, estaría en manos del interrogador controlar las respuestas del testigo y ello no es permitido en el sistema acusatorio. Por ello, recomendamos que si no sabe lo que le va a responder el testigo en un asunto clave o crucial no formule la pregunta, ya que podría recibir una gran sorpresa, la cual, por experiencia, en la mayoría de los casos, resulta ser demoledora.

VI.13.5.3 Hace comentarios luego de cada respuesta del testigo

Como se mencionó anteriormente, las partes están para hacer preguntas y el testigo para responderlas. Los comentarios o argumentaciones de las partes litigantes no constituyen prueba en el proceso. Por tanto, no debe permitirse que éstas hagan comentarios a las respuestas del testigo. Esto se presta para ir recalcando y multiplicando la respuesta dada por el testigo, lo que resulta impropio. En la mayoría de los casos esto es consecuencia de una *muletilla*, pero en otros es hecho con toda la intención para que el comentario llegue a oídos del juzgador.

VI.13.5.4 Es irrespetuoso con el testigo

En el contra interrogatorio es permisible ser firme, acucioso, insistente y vehemente, con el testigo interrogado. Pero eso no quiere decir que se le pueda faltar el respeto. Toda persona merece respeto de parte de los demás, aun los testigos sujetos a un fuerte contra interrogatorio. Lo que constituye o no falta de respeto siempre va a quedar a la sana discreción del juez, ya que lo que para alguien puede constituir falta de respeto para otro quizás no lo sea.

Claro está, recomendamos a los jueces que sean un tanto liberales al momento de determinar que constituye falta de respeto al testigo, puesto que una de las características fundamentales del contra interrogatorio es poder ejercer algún tipo de presión psicológica al testigo con el propósito de descubrir si está mintiendo o diciendo la verdad.

Después de todo, al juez es al que más le debería interesar descubrir si el testigo está faltando a la verdad en la vista pública, por lo que debe hacer todo lo posible en permitir que las partes le faciliten desenmascarar al que así procede. No tendría sentido un contra interrogatorio con “manos de seda”, pues le resultaría muy fácil a la persona mentirosa o al farsante salir airoso del mismo.

VI.13.5.5 Objeta por objetar y sin fundamento

Esto ocurre cuando una parte objeta sin tener fundamento jurídico para hacerlo. Por ejemplo, como se mencionó anteriormente, es cuando se hace para darle descanso y respiro al testigo y para tratar que la otra parte pierda el “hilo” de pensamiento en su línea de interrogatorio. Cuando ello ocurre es que procede esta objeción. No debe permitirse esta práctica puesto que sería abusar del sistema adversarial. Sólo procede una objeción cuando hay una razón jurídica para hacerlo.

VI.13.6 En los alegatos de clausura

VI.13.6.1 Argumenta sobre prueba no admitida en el proceso

Es impropio y no se debe permitir que en un alegato de clausura se argumente sobre aquella prueba que no ha sido admitida en el proceso. Si la prueba no fue admitida, es para todos los efectos, como si no existiera la misma. Por tanto, no puede ser tomada en cuenta por el juzgador de los hechos al momento de tomar la decisión final en el caso. Esto ocurre cuando no se admite por el tribunal determinado documento como prueba, pero la parte que solicitó su admisión argumenta sobre el mismo en los alegatos de clausura. Aun con la oportuna y correcta objeción de la parte contraria el juez permite que se argumente sobre el contenido del documento, aduciendo que la parte que objeta tendrá oportunidad, en su turno de alegato de clausura, de rebatir lo argumentado por aquél. Si ello es así, entonces ¿para qué se denegó la admisión del documento? ¹⁰

También ha sucedido que una de las partes en su turno de alegato de clausura da lectura a una sentencia o resolución dictada por otro tribunal en relación con un caso similar al que allí se ventilaba. Obviamente, su propósito es el de persuadir al juez que resuelva el caso a su favor; utilizando los mismos fundamentos de aquella resolución. En mi opinión, ello resulta totalmente impropio, además de inadmisibles, por no haber sido dicha resolución parte de la prueba acreditada y admitida en el caso.

Por otro lado, se coloca en desventaja a la parte adversa al no poder estar preparada para rebatir la misma. Distinto es el caso en que se utilizan los argumentos de esa sentencia como parte de su alocución para convencer al tribunal que resuelva a su favor.

En el sistema acusatorio adversarial sólo se puede, en los alegatos de clausura, argumentar sobre la prueba que ha sido admitida y cuando no se cumple con ello procede la objeción de la otra parte. Esa y no otra es la regla del juego.

VI.13.6.2 Cita incorrectamente lo declarado por los testigos

Generalmente las partes litigantes, al exponer sus alegatos de clausura, citan expresiones vertidas por los testigos en el transcurso del proceso. No se debe permitir a una de las partes citar incorrectamente lo vertido por un testigo bajo el pretexto que la otra parte tendrá oportunidad, en su turno de alegato, de rebatir o desmentir ese dato.

Esto sería fomentar controversias sobre hechos no controvertidos y de fácil verificación mediante las actas del tribunal. Por otro lado, se le estaría imponiendo una carga adicional al jurado para que tenga que determinar si se dijo o no se dijo, como lo indica la parte que así lo afirma, como si éstos no tuvieran ya suficiente trabajo y responsabilidad al tener que evaluar y valorar la prueba admitida y sometida a su consideración.

¹⁰ Por ejemplo, en Centroamérica muchos jueces no permiten a las partes hacer objeciones en los alegatos de clausura. Se amparan, entre otras cosas en que el CPP establece que el presidente del tribunal impedirá cualquier (...) interrupción al alegato de clausura. Entienden éstos que las objeciones constituyen una interrupción del alegato del adversario. Pero si esa interpretación fuera correcta entonces no procederían tampoco las objeciones en ninguna de las etapas del proceso (audiencia inicial, preliminar o vista pública) puesto que el ese mismo cuerpo legal establece que la audiencia se realizará sin interrupción. (Énfasis nuestro)

VI.13.6.3 Legalidad y pertinencia

El Art. 171 del nuevo CPP define el concepto de pertinencia: *La admisibilidad de la prueba está sujeta a su referencia directa o indirecta con el objeto del hecho investigado y a su utilidad para descubrir la verdad.*

Como norma general toda evidencia pertinente debe ser admitida y valorada en el juicio. En el sistema adversarial, sin embargo, se excluye en ocasiones evidencia pertinente por entrar en conflicto con otras normas de derecho, por política pública o por su escaso valor probatorio, como veremos más adelante. Lo importante es que dentro de lo pertinente se permita traer prueba de aquellas situaciones que aunque no estén directamente relacionadas con los hechos específicos del caso ayuden a descubrir la verdad al permitir que el tribunal pueda valorar la credibilidad de los testigos. Es decir, que todo aquello que esté dirigido a la credibilidad del testigo que está declarando debe ser considerado como materia pertinente aunque no se trate de algo directamente relacionado al hecho juzgado.

VI.13.7 Admisibilidad, confiabilidad y valoración de prueba

VI.13.7.1 La admisión y valoración de la prueba

Si alguien me preguntara cuál es el mayor problema de las reformas latinoamericanas, no vacilaría en responder que se trata de la poca y confusa reglamentación que existe en el CPP en todo aquello relacionado con la admisión, valoración y el uso y manejo de las pruebas (evidencias), incluyendo la prueba testimonial.

El derecho penal consta de tres fases prácticas: la sustantiva, la procesal y la probatoria. En la primera, se definen aquellas acciones u omisiones (delitos) que la sociedad tipifica como nocivos para la sana convivencia y asigna un castigo o medida de seguridad para todo aquel que viole la norma establecida. En la segunda, se exponen las normas o reglas que debe seguir el proceso penal para que el Estado tenga legitimidad para investigar los hechos delictivos, enjuiciar al responsable de ellos y aplicar e imponer la norma sustantiva a los violadores de ésta. La tercera, regula la admisión y posterior valoración de las pruebas que utilizan las partes en el proceso para demostrar y probar sus alegatos. En el sistema procesal penal incluye las reglas procesales y las probatorias en un mismo cuerpo normativo: el CPP.

Rige el *principio de libertad probatoria*, es decir, que los hechos y circunstancias relacionados con el delito pueden ser probados por cualquier medio de prueba, siempre y cuando sea lícito; o sea, respetando los derechos fundamentales de la persona, que sean propuestos en la forma y momento legalmente establecidos por el CPP, y que sean pertinentes para el descubrimiento de la verdad.

Los jueces tomarán esos factores en cuenta y aplicando el principio de la *sana crítica*, admitirán o rechazarán las pruebas que se pretendan introducir al proceso por el fiscal o el abogado defensor para probar sus alegaciones. El problema con la aplicación de este principio de *libertad probatoria* es que el mismo es utilizado por los jueces tanto para la admisión como para la *valoración de la prueba*. Al depender sólo de la licitud, la pertinencia y de la sana crítica para la *admisión* y valoración de la prueba, sin distinguir entre una fase y otra, se produce lo que he llamado anarquía probatoria y falta de *uniformidad jurídica*.

No veo ningún problema en el uso de las reglas de la sana crítica para la etapa de valoración de la prueba. Sin embargo, sí lo veo cuando de la admisión de ésta se trata. La valoración puede

estar basada en la sana crítica, es decir, en las reglas del entendimiento humano, la lógica y las experiencias del juez. Pero su admisión debe ser regulada de forma uniforme para que haya seguridad y uniformidad jurídica tanto para el imputado y su defensor; así como para la víctima y para el Estado, representado éste por el fiscal al momento de hacer la investigación del ilícito y en la etapa del procesamiento penal del imputado.

Al no estar reglamentados de manera uniforme y específica los requisitos necesarios para la admisibilidad de las pruebas cada juez decide, a base de su criterio personal, qué prueba admite y qué prueba no admite en el proceso ante su consideración. Incluso puede darse el caso donde un mismo juez decida admitir determinada prueba y en otro caso, ante similar evidencia, considere decidir lo contrario.

El fiscal, por otro lado, al momento de decidir qué prueba recolectará y presentará para fundamentar la acusación y probar sus alegaciones, no puede determinar qué probabilidades razonables tendrá de que se admita o no determinado material de prueba o determinado testimonio en el futuro proceso penal. Ello debido a que todo dependerá de la decisión personal y muy particular del juez de instrucción que presida la audiencia preliminar; o de los jueces de la audiencia pública, en el caso de la prueba testimonial. Por tanto, todo lo que el fiscal investigue y recolecte como prueba estará basado en una determinación a ciegas, con la esperanza que le sea admitido por el juez de turno en la audiencia preliminar. Con igual problema se enfrentará el defensor al momento de determinar qué prueba utilizará para la defensa del imputado.

Después de todo, los jueces estarían aplicando el derecho positivo al momento de tomar sus respectivas decisiones, o sea, aplicando su sana crítica particular. Los probables resultados contradictorios entre ambos casos generarán más críticas e inconformidad de las partes y de la población con su sistema de justicia penal. Acrecentándose la inseguridad jurídica, ya que ante iguales situaciones se pueden producir resoluciones y, por ende, resultados diferentes.

En el proceso penal se presenta la situación donde siendo la prueba lícita y pertinente hay ocasiones en que ésta no debe ser admitida por otras consideraciones. A esto se le conoce en el derecho probatorio anglosajón como la regla de exclusión de prueba. En aquél, existe la norma general de que toda evidencia pertinente es admisible por lo que la regla de exclusión es una excepción a esa premisa. Es por ello, que no se habla de regla de exclusión ante prueba impertinente, ya que ésta nunca sería admisible.

Una regla de exclusión puede estar fundada en consideraciones ajenas a la búsqueda de la "verdad" independientemente de su valor probatorio. A modo de ejemplo, por razones de política pública, como es el caso de las materias privilegiadas (relación abogado con su cliente, relación entre los cónyuges, etc.) donde la pertinencia y el valor probatorio ceden ante esa consideración. Otra razón para una regla de exclusión es que haya principios jurídicos encontrados como, por ejemplo, el principio de pertinencia con el principio de contradicción o con el principio de que todo acusado será juzgado por el delito imputado y no por su conducta pasada. En estas dos situaciones el valor probatorio y la pertinencia deberán ceder ante consideraciones basadas en la búsqueda de la "verdad", aún siendo las pruebas lícitas y pertinentes.

A continuación, se desarrollarán tres instituciones jurídicas donde se podrán apreciar algunos problemas causados por la ausencia de reglamentación uniforme en el ámbito de la admisibilidad

de las pruebas. En ellos también pretendemos demostrar que hay situaciones donde pruebas lícitas y pertinentes deben ser excluidas en el proceso penal por afectar otros principios jurídicos de igual o mayor importancia que el de la pertinencia y la licitud de la prueba.

VI.13.8 Testigos de referencia

Supongamos la siguiente situación, muy frecuente en nuestro diario vivir:

Juan González llega al negocio de Pedro Pérez, quien se encuentra solo en el lugar. En un intento por robarle el producto de las ventas del día saca un arma y le dispara hiriéndolo de gravedad. Pedro es llevado al hospital y, estando allí, le dice a la enfermera que mientras estaba en su negocio llegó Juan González, un ex compañero de trabajo, y le indicó que era un asalto y que le diera todo el dinero. Que cuando se disponía a abrir la caja registradora Juan sacó un arma, le disparó y salió corriendo con el dinero. Por esos hechos Juan fue acusado de robo, entre otros delitos, y el día de la vista pública Pedro no compareció debido a que abandonó el país sin intenciones de regresar. Ante esa situación el fiscal presenta como testigo de cargo contra Juan a la enfermera para que declare lo que Pedro le contó en relación con los hechos. El abogado defensor de Juan se opone a que se permita ese testimonio, ya que a ella no le consta de propio y personal conocimiento lo que allí ocurrió ese día. También argumenta que de permitirse el mismo se estaría violentando el derecho de contradicción que le asiste a su representado.

Ante esa situación el juez tendría que formularse las siguientes preguntas: ¿Es o no admisible el testimonio de la enfermera? ¿Le asiste o no la razón al abogado defensor en su planteamiento? ¿En cuál disposición legal debo buscar la respuesta jurídica correcta? ¿Utilizo la sana crítica para decidir si lo admito?

Esta exclusión de prueba de referencia está fundada en la búsqueda de la verdad de los hechos. No se trata aquí de otras consideraciones para hacer valer determinada política pública como ocurre con las reglas de exclusión de información o materia privilegiada.

Se excluye la prueba de referencia por falta de confiabilidad, por su dudoso y escaso valor probatorio y no por ninguna otra consideración. De aceptarse ese tipo de declaraciones, el juzgador le podría dar un peso indebido a una declaración que de ordinario no tiene las garantías de confiabilidad de la que se produce mediante el testimonio en tribunal de la persona que si le consten los hechos objeto del juicio, a saber: hecha en el propio tribunal en el que se ofrece como evidencia; bajo juramento; frente a la parte afectada por la declaración; frente al juzgador que ha de aquilatar su valor probatorio; y, sujeta al contra interrogatorio de la parte afectada por la declaración.

El valor probatorio de la prueba de referencia depende de la credibilidad que pueda merecer una persona que no está sujeta a contradicción (confrontación) por la parte afectada por su

declaración. Esto explica la razón de ser de la regla general de exclusión de prueba de referencia: que la parte afectada con la declaración no ha tenido la oportunidad de confrontarse con el declarante, es decir, con quien hizo la manifestación original. Está generalmente reconocido que es más fácil y probable expresar un falso testimonio en ausencia de la persona lesionada por éste, que hacerlo en su inmediata presencia: frente a frente, cara a cara.

En mi opinión, no debería aceptarse ese tipo de prueba por las razones antes expresadas. Aun así, entiendo que no importa lo que se decidiera en cuanto a aceptarla o no aceptarla, el verdadero problema es que las partes en el nuevo proceso penal no tienen claras las “reglas del juego”. Esto crea inestabilidad, ausencia de seguridad jurídica y, más importante aún, resultados contradictorios, incomprensibles e injustos ante situaciones similares.

VI.13.9 Prueba del carácter del acusado

Imaginemos un caso celebrándose ante un jurado en el cual al acusado se le imputa la comisión del ilícito de lesiones graves. El fiscal, como parte de su prueba de cargo, presenta un testigo para declarar que el acusado es una persona de carácter agresivo. La pregunta sería: ¿Es admisible ese testimonio contra el acusado?

Tan importante es la respuesta a esa pregunta que lo más probable es que de ello dependa la culpabilidad o no-culpabilidad del acusado. No es lo mismo que el juez lo juzgue sin conocer ese dato (que tiene un carácter agresivo) a que lo desconozca al momento del proceso de decisión. No hay duda que dicha prueba es lícita y pertinente. Pero permitir la violaría el principio de derecho penal que impone que se juzgue a la persona por el acto que se le imputa y no por su forma habitual de ser o por su pasado. Actualmente, en una situación como la expuesta dependería de la sana crítica personal de cada juez la admisión o no-admisión de dicho testimonio.

En Puerto Rico este problema se ha reglamentado a los efectos de que en un caso similar el fiscal está impedido de presentar prueba del carácter del acusado. Ahora bien, si el acusado decide declarar en la vista, renunciando así a su derecho a no declarar, y en su testimonio expresa que es una persona de buen carácter, entonces el fiscal está autorizado a presentar prueba en contrario del carácter de éste. Es decir, el acusado le “abrió la puerta” al fiscal para que pudiera presentar prueba de su carácter agresivo en el momento en que puso su carácter en controversia con su testimonio.¹¹

Igual que en la situación anterior del testimonio de referencia, en el caso de la prueba del carácter del acusado, aparte de los problemas que se presentarían de admitirse dicha prueba, lo grave de la situación es que ninguno de los participantes en el proceso tendrá la certeza de la regla que le sería aplicable en su caso particular. Continuarían dependiendo, pues, del criterio personal del juez que tenga ante su consideración la controversia planteada.

VI.13.10 Prueba de convicciones previas

Otra situación que puede generar un problema de admisión de prueba es lo que se conoce como prueba de convicciones previas. Esto no es otra cosa que el récord o expediente criminal de una persona que ha sido condenada judicialmente con anterioridad por la comisión de uno o varios ilícitos y que es llamada a declarar como testigo en un proceso judicial.

¹¹ El efecto sería el mismo si en vez del propio acusado, el que hace referencia al buen carácter de éste es un testigo de la defensa.

Ante esta situación es muy probable que la parte contraria a la que propone al testigo intente atacar la credibilidad de éste presentándole prueba al juzgador sobre su récord o expediente criminal. ¿Se admitiría esa prueba? De admitirse la misma, ¿se admitiría una convicción anterior por cualquier tipo de delito no importando su naturaleza? En el caso que el testigo, por ejemplo, hubiese sido convicto anteriormente por el delito de lesiones culposas, ¿qué relación podría tener una convicción anterior por ese delito con la credibilidad del testigo? Ciertamente, podría ser una persona agresiva, pero sumamente honesta.

Aun así, no sería extraño que un juez admita dicha prueba bajo el supuesto que si fue convicto anteriormente por ese delito no debe merecer credibilidad por parte del jurado. Otro juez, sin embargo, puede entender que no tiene relación alguna la naturaleza de la convicción anterior del testigo con su credibilidad y no admitir dicha prueba en contra de éste. Lo que sí sabemos es que en la actualidad no habría a dónde acudir en busca de una regla que ilustre a las partes litigantes y al juez en relación con la solución al problema probatorio planteado.

En Puerto Rico, según las reglas de evidencia, se establece que sólo se admitirá evidencia de convicciones previas de un testigo con el propósito de refutar o impugnar su credibilidad ante el juzgador de los hechos, cuando dicha convicción, independientemente de su clasificación, envuelva deshonestidad o falso testimonio y que la misma no tuviere más de diez años de dictada.

Nótese que el delito anterior tiene que estar relacionado con deshonestidad o falso testimonio, no importando su clasificación. Es decir, no importando si el delito es de naturaleza grave o menor. El principio que subyace detrás de esta regla es que una persona puede haber cometido una lesión culposa anteriormente, sin embargo, pudo haber aceptado su responsabilidad por ese delito inmediatamente, pues es una persona que aunque tenga un carácter agresivo con sus semejantes siempre dice la verdad. Es por ello, que no sería propio que se permitiera impugnar a ese testigo por esa convicción y tacharlo de persona mendaz (mentirosa) por el solo hecho de tener en sus antecedentes una convicción por dicho delito.

Por el contrario, un testigo puede tener antecedentes por delitos menores, pero que demuestran que es una persona propensa a mentir, ya que dichos delitos son, por su naturaleza, de carácter mendaz (falsedad). Por tanto, se le podría refutar o impugnar su credibilidad como testigo por dichos delitos. Algunos ejemplos de ello serían aquéllos que tengan convicciones anteriores por delitos tales como falsificación o alteración de moneda, falsificación de sellos oficiales, falsedad material o ideológica, falsedad documental agravada, etc.

En cuanto a la presentación de prueba de convicciones previas contra el acusado, cuando éste decide declarar en su defensa, la norma en Puerto Rico es que se admitirá para impugnar su credibilidad evidencia de convicciones previas, siempre y cuando se determine por el juez que su valor probatorio, considerando todos los hechos y circunstancias del caso, es sustancialmente mayor que su efecto perjudicial.

El peligro de permitir que se impugne la credibilidad del acusado que opta por declarar en su propia defensa mediante prueba de sus convicciones anteriores es que se utilice esa prueba como indicio de su culpabilidad y a base de ella se resuelva contra el acusado la duda sobre su inocencia. No hay que ser muy audaz para saber que si un juez tiene conocimiento que el acusado ha sido previamente convicto por algún delito, se inclinará por pensar que es una persona propensa a delinquir y, por tanto, el resultado del veredicto será obvio.

No obstante lo anterior, como ya expresamos, lo esencial es que se regule y se dé uniformidad a esta situación. Ello con el propósito que haya seguridad en el trámite jurídico penal y no quede el proceso de la admisión de las pruebas al arbitrio y muy particular opinión de cada juez.

Este tipo de problemas probatorios se resolvería creando un cuerpo legal en donde, luego de darle pensamiento y análisis a todas estas situaciones, se regulen de manera uniforme los requisitos que deben tener las pruebas para que puedan ser admitidas o rechazadas en los procesos penales del país. De esta forma se aplicaría por los jueces el principio de la sana crítica a las pruebas admitidas en los procesos, pero sólo a la valoración de aquéllas y no a su admisión. Para esto último, todos los jueces tendrían que dejarse guiar por las reglas que se establezcan.¹²

Se impartiría así uniformidad al proceso penal en todo el territorio nacional de la República de Dominicana, pues se seguiría aplicando la sana crítica, pero a los mismos materiales de prueba en todos los casos con circunstancias similares.

VI.13.11 La prueba testimonial

Por ser el medio de prueba más utilizado en el proceso oral adversarial se expondrá con un poco de detalle la forma de conducir y los principios que rigen el interrogatorio de testigos en el sistema adversarial.

VI.13.12 El interrogatorio directo

VI.13.12.1 Consideraciones generales

Se entiende por interrogatorio directo como el primer interrogatorio que se le hace al testigo en la vista pública por la parte que lo presenta. Éste se lleva a cabo formulándole preguntas con cuyas respuestas dicha parte se propone probar sus alegaciones. Su principal propósito es convencer y persuadir al juzgador de la veracidad de las mismas, con el fin de que prevalezcan por sobre las del adversario.

El interrogatorio directo es comparable con una película. La persona que se sienta a observarla, al principio no sabe nada de su trama, pero mientras ésta transcurre se va formando un cuadro claro de toda la situación. Si la película se presenta de forma clara, entendible y convincente, el espectador saldrá convencido de una postura. Si por el contrario, se presenta una película confusa y desorganizada, así quedará el oyente: confuso y aturdido. En la vista pública esa "película" debe ser presentada de manera clara y comprensible. De igual forma, debe ser lo más breve posible. Claro está, siempre asegurándose que se cubran los puntos importantes para probar sus alegaciones.

Como se indicó con anterioridad, con el interrogatorio directo la parte que presenta al testigo intenta convencer y persuadir al juzgador de la veracidad de sus alegaciones. Para lograr esto, en muchas ocasiones, se depende sólo de la prueba testimonial. Por tanto, es muy importante el modo en que organice su caso. En el interrogatorio directo, a diferencia del contra interrogatorio, el protagonista es el testigo y no el interrogador. El testigo es el "actor principal de la obra" en el momento en que declara.

¹² Lo expuesto no es lo mismo que lo que se conoce como prueba tasada. En ésta se señalaban las únicas pruebas que podían ser admitidas en el proceso. Era una "camisa de fuerza" para el juez. Las reglas de evidencia lo que hacen es esbozar los principios jurídicos que deben cumplirse para que las pruebas sean válidas y puedan admitirse en el proceso.

En la mayoría de las ocasiones, las partes disponen de varios testigos para probar sus alegaciones. El orden en que éstos sean presentados debe ser estudiado cuidadosamente. Si son varios los testigos, debe seleccionar para el principio el más impactante, es decir, aquel testigo que pueda ofrecer al juzgador un panorama general que concuerde con su teoría del caso. En el caso del fiscal dicho testigo será, la mayor parte de las veces, la víctima del delito.

Es igualmente importante que el primer testigo que se presente dé solidez a la argumentación pretendida, pues la credibilidad que merezca éste afectará la de los siguientes. Asegúrese que sus testigos actúen de forma natural, siendo simpáticos, sinceros y coherentes, pero humanos ante el juzgador. Haga lo posible para que éste se identifique con ellos.

VI.13.12.2 Principios básicos del interrogatorio directo

Hay una serie de principios básicos que deben ser tomados en cuenta al realizar un interrogatorio directo con el propósito que la “película” sea presentada de la forma más clara y comprensible posible. Los siguientes no pretenden ser una lista exhaustiva, pudieran existir otros, todo depende de las circunstancias particulares de cada caso y de cada testigo.

VI.13.12.3 Confianza y seguridad

Si quiere convencer al juzgador de sus alegaciones debe estar convencido primero o por lo menos parecer que lo está. Al realizar el interrogatorio directo a su testigo debe hacerlo demostrando confianza y seguridad en lo que está haciendo. No puede dar la impresión de pena, timidez o inseguridad. Si no demuestra seguridad y confianza, su testigo lo percibirá y también se mostrará inseguro.

Tiene que hacer todo lo posible para que su testigo sienta confianza en lo que está declarando. La mejor forma de hacerlo es actuando con seguridad, aplomo y sin titubeos. Para que se le haga cómodo actuar de esa manera debe estar bien preparado y conocer todos los aspectos y detalles de su caso. Recuerde que la inseguridad es producto de la ignorancia y ésta a su vez es producto de la falta de preparación.

VI.13.12.4 Organización

En el interrogatorio directo es fundamental la organización que se haga del relato. Para decidir cómo organizarlo lo primero que hay que hacer es preguntarse de qué forma será más comprensible e impactante para el juzgador. Todo va a depender del tipo de caso y del tipo de testigo que tenga ante sí.

Hay dos teorías fundamentales de organización de un interrogatorio directo. La primera, postula la conveniencia de que el testigo vaya relatando su historia en forma cronológica. Ésta se basa en que el oyente entenderá y recordará mejor la exposición de los hechos pasados si se le presenta en el orden en que ocurrieron. La segunda, es la que postula la conveniencia de relatar lo más impactante, al principio y al final del testimonio, y se basa en que el oyente recordará mejor el inicio y el final de lo narrado.

La primera de las teorías es la más utilizada, puesto que se asemeja a la comparación del interrogatorio directo con una película. Se obtienen mejores resultados con el método cronológico

puesto que el juzgador va formándose un cuadro claro desde el principio. Si se comienza con la narrativa a mitad de la historia, por más impactante que ésta sea, el oyente comenzará a recibir la información fuera de tiempo y espacio, lo que generalmente crea confusión.

VI.13.12.5 Descriptivo, sencillo e interesante

Los relatos de los testigos, por ser detallados y en ocasiones extensos, son generalmente aburridos. Hay que hacer lo posible para que el relato de su testigo capte la atención del juzgador. Lo primero que se debe hacer es ubicar al oyente en el tiempo y en el lugar en que ocurrieron los hechos que se juzgan haciendo una descripción lo más completa posible del mismo.

Para ello, además del relato oral se pueden utilizar diagramas, fotografías o pizarras, lo cual ayuda a ubicar al juzgador en el lugar de los supuestos hechos. Por lo general, lo visual tiene más efectividad que lo verbal cuando de transmitir un mensaje o idea se trata.

Ejemplo: No es lo mismo describir por medio de palabras los golpes recibidos por la víctima de un ilícito de lesiones, que mostrar una fotografía en la cual puedan apreciarse los mismos. Será más comprensible para el juzgador si, por ejemplo, en un caso de accidente de tránsito, el testigo ocular describe el mismo, dibujando en una pizarra las características de la carretera y la posición de los vehículos. El uso de estos materiales ayuda también a acentuar la credibilidad del testigo.

Si se pretende utilizar con el testigo algún diagrama, fotografía o pizarra, hay que prepararlo para ello con anticipación. Haga que dibuje y le explique el diagrama que dibujará en la vista pública o que le explique lo que observa en la foto y se lo describa tal como lo hará durante la vista pública. Las preguntas deben ser sencillas y comprensibles por cualquier persona. Lo suficientemente claras para que no sea necesario ser un profesional para poder entenderlas. No se deben hacer preguntas extensas, compuestas ni complicadas. Deben ser preguntas cortas, directas y dirigidas a cubrir los temas específicos propuestos. Debe hacer la menor cantidad de preguntas posibles, las imprescindibles, claro está, siempre que cubra con ellas todos los temas anticipados, planificados y estudiados.

Al hacer el interrogatorio nunca debe presumir que el oyente está entendiendo lo que usted como abogado o fiscal desea que se entienda. Siempre que exista la posibilidad de que el juzgador no entienda el concepto de lo que se está expresando, el significado de alguna palabra utilizada por el testigo, o que ésta pueda causar confusión, debe aclararse el concepto o el significado de la misma. Aún por más sencilla y común que pueda parecer. Por ejemplo, si un testigo dijera que observó una silueta, en ese momento debe pedirle al testigo que explique qué es lo que él entiende por una *silueta*. Puede parecer innecesario, pero aunque no lo crea, se encontrará personas, incluso profesionales, que no saben lo que es eso. Otra situación que se presenta con mucha regularidad es cuando, por ejemplo, se le pregunta a un testigo: “¿A qué distancia se encontraba del lugar?”, y éste responde: “como a cinco metros.” En ese momento debe pedirle al testigo que explique qué son para él cinco metros. Solicitarle que utilice el salón de audiencias como referencia. Por ejemplo, indicarle algo como lo siguiente: “Según su percepción, desde donde usted está hasta qué lugar son cinco metros”.

Esto es importante porque lo que para el testigo pueden ser cinco metros, al señalar en la sala de audiencias la distancia, podríamos percatarnos que en realidad podrían ser ocho metros y lo

verdaderamente importante es la distancia real en que él se encontraba y no la que él estime. No olvide nunca que luego de un incidente como éste debe asegurarse que conste en las actas del caso la distancia correcta de lo que señaló el testigo en el salón de audiencias.

Igual ocurriría en un caso donde se quiera demostrar el tiempo que duró algún incidente, por ejemplo, un asalto a mano armada que se estuviera juzgando. Nada impide que le diga al testigo que pondrá a funcionar un cronómetro y cuando transcurra el tiempo que él estima que duró todo el incidente se lo indique a para detener el dispositivo de medida y calcular el tiempo real del que se está hablando. Esto debe hacerlo siempre con la participación de la parte adversa y solicitando la autorización del tribunal.

Ocurre mucho que los testigos responden las preguntas utilizando gestos en vez de palabras. Por ejemplo, un testigo para responder negativamente a su pregunta puede mover su cabeza de izquierda a derecha y viceversa. En ese momento debe, para que las actas del caso queden claras, pedirle al testigo que responda con la voz a su pregunta. Es decir, que diga no. Igual debe hacer cuando el testigo responda, por ejemplo; “*El golpe lo recibí aquí*”, y se señala el estómago. En ese momento debe aclarar en palabras a qué se refiere el testigo cuando dice: *aquí*.

Es importante hacer todo lo anterior puesto que en un futuro recurso de casación, por ser éste uno que se hace a base de escritos, los jueces que lo analicen, al no haber estado presentes en la vista, no sabrán entender a qué distancia se refirió el testigo cuando utilizó el salón para demostrarlo, o a qué se refirió el testigo cuando dijo: “*aquí*”, etc.

No tome riesgos ni asuma que el juzgador comprende el significado de todo lo que expresa el testigo. Lo que pudiera estar de más no afecta. Por el contrario, puede ser muy beneficioso. Después de todo, lo que debe interesarle es que el testimonio de su testigo quede claro y sea entendido en su totalidad por el juzgador.

Por último, asegúrese que el testimonio sea presentado como suelen ocurrir las cosas en la vida diaria. Recuerde que las personas adquieren el sentido de las cosas del modo en que éstas suelen desarrollarse. El juzgador evaluará las versiones de los hechos aportados por los testigos haciendo una comparación con sus propias experiencias. Es por ello que hay que conocer las experiencias y la forma de pensar de los jueces que juzgarán su causa.

VI.13.12.6 Ritmo y velocidad

Para que el juzgador no se aburra con el relato de su testigo, y que a la misma vez sea entendible por éste, hay que tener bien presente la importancia del ritmo y velocidad que se empleará en el interrogatorio. Si contraproducente es que el interrogatorio sea lento, también lo es el que sea demasiado rápido. Debe ser de forma fluida, tipo conversación: *pregunta-respuesta, pregunta-respuesta*; ameno e interesante para el oyente; sin lapsos entre una pregunta y otra. Pero que tampoco sea tan rápido que no pueda ser entendido por el juzgador. En los puntos importantes, impactantes y neurálgicos del testimonio puede tomarse más tiempo que el acostumbrado, pues el juzgador estará más atento a ese punto en particular y usted desea que ese asunto específico sea escuchado con detenimiento y atención. En otras palabras, darle tiempo al juzgador para que asimile la respuesta ofrecida.

Mientras pueda, evite tomar notas cuando esté haciendo el interrogatorio. Esta actividad interrumpe el ritmo deseado y desmerece el impacto que tanto se anhela. Si le es posible trate de acompañarse de alguien que pueda tomar las anotaciones necesarias mientras usted le formula las preguntas al testigo.

VI.13.12.7 Prohibición de preguntas sugestivas

El nuevo CPP prohíbe que se formulen preguntas sugestivas a los testigos en el interrogatorio directo. Las preguntas sugestivas son aquellas que además de buscar una respuesta incluyen ésta en la propia pregunta.

Hay que tener mucho cuidado con el concepto que se utilice para catalogar una pregunta como sugestiva. Muchas veces se objetan por sugestividad casi todas aquellas preguntas que pudieran contener una respuesta en la misma. Por ejemplo, objetan cuando el interrogador pregunta: “¿Dónde se encontraba el domingo pasado?” Fundamentan la objeción en que el interrogador está sugiriendo que se encontraba en algún lado. Esto no debe ser considerado sugestivo, ya que en algún lado se tenía que encontrar.

Distinto sería si se preguntara: “¿Se encontraba en la iglesia el domingo pasado cuando observó al acusado disparando su arma de fuego?”, puesto que en ésta se sugiere el lugar específico donde se encontraba y la actividad específica que observó. Si se considerara la primera de las preguntas como sugestiva todas lo serían. Por ejemplo, sería sugestivo entonces cuando la parte le pregunta al testigo: “Testigo, ¿cómo usted se llama?”, ya que se estaría sugiriendo que el testigo tiene un nombre. No podemos llegar a tal absurdo.

Preguntar en la forma de “dígame si A o B” no es sugestivo si se trata de alternativas neutrales y razonables tales como: estaba oscuro o claro, hacía frío o calor, estaba frío o caliente, lleno o vacío, era gordo o flaco, etc.

No todo lo que parezca ser una sugerencia en la pregunta es objetable por sugestividad. Por ejemplo, si el interrogador pregunta a su testigo: “¿A qué hora llegó al lugar en su carro azul?”, en un principio parece sugestivo, pues estaría sugiriendo que su carro es azul. Pero si ya el testigo en su relato ha acreditado que su carro es azul no sería sugestiva esa afirmación. Podría ser sugestiva en el sentido que le está sugiriendo que llegó al lugar si hasta ese momento el testigo no hubiese declarado aún que ya había llegado al mismo.

Para evitar hacer preguntas sugestivas haga preguntas abiertas, es decir, aquellas que comienzan con palabras tales como: *Qué, Cómo, Cuándo, Dónde, Por qué, Explique tal o cual cosa, Describa tal o cual cosa*, etc. Haciendo las preguntas de esta forma se le concede libertad al testigo para que sus respuestas fluyan de manera espontánea y sin sugerencia alguna del interrogador. Al así hacerlo, le permite ser el “actor principal” en ese momento.

VI.13.12.8 Acreditar y humanizar al testigo

Acreditar al testigo no es otra cosa que decirle al juzgador quién es el testigo. Es lo primero que debe hacerse al comenzar el interrogatorio directo. Qué tipo de persona es, a qué se dedica, cuál es su núcleo familiar, etc. El propósito de esto es hacer que el testigo sea merecedor de una mayor credibilidad por parte de aquél. Recomiendo que traten de descubrir en el testigo alguna actividad que lo distinga como ciudadano responsable y altruista. Por ejemplo, que en sus ratos

libres el testigo pertenezca a algún grupo que se dedique a brindarle alimentos a los mendigos o a visitar y llevarle consuelo a los enfermos en los hospitales. Estos rasgos, además de acreditarlo, lo humanizan.

El propósito es que el juzgador deduzca que una persona que en su tiempo libre se dedica a ese tipo de actividad no debe ser una persona que esté dispuesta a mentir en un tribunal de justicia. Siendo así, el testigo comenzará su declaración en la vista gozando de una “presunción”, controvertible por supuesto, de que es una persona de carácter veraz y confiable.

VI.13.12.9 Escuchar la respuesta del testigo

Los abogados y fiscales, por estar pensando en impactar y lucir bien, y no en que impacte y se valore a su testigo, cuando formulan una pregunta, en vez de estar atentos y escuchar la respuesta que éste brinda, están pensando en la próxima pregunta que formularán. Esto es un error que acarrea graves consecuencias. Recuerde que lo que constituye prueba en el caso no es la pregunta formulada sino la respuesta del testigo. Si no se está atento a la respuesta del testigo, ésta quedará en las actas sin rectificación o aclaración alguna.

Hay que estar muy atento a la respuesta que se brinde a la pregunta, pues de una respuesta puede ser necesario realizar preguntas adicionales relacionadas con lo que el testigo respondió. Además, el juzgador estará pendiente de la actitud que usted adopte al escuchar las respuestas de su testigo. Si no presta atención a éstas, muy probablemente, él tampoco lo hará.

VI.13.12.10 Guía de preguntas

Al preparar su interrogatorio directo no debe cometer el error de hacer una lista enumerada con las preguntas que le formulará a su testigo. Considero que es un error hacerlo por varias razones.

Primero, porque el interrogador no debe estar leyendo preguntas en el juicio. Eso demuestra falta de preparación, inseguridad y desconfianza en él y en su caso. Si conoce bien su caso y sabe qué es lo que tiene que probar con su testigo, es suficiente que prepare una pequeña lista de tópicos o temas fundamentales, los cuales no debe olvidar cubrir antes de concluir el interrogatorio.

Segundo, porque en muchas de las respuestas del testigo surgirá la necesidad de formular una serie de preguntas relacionadas con esa respuesta si es que desea que el cuadro presentado por la misma quede totalmente claro. Éstas son las denominadas *preguntas aleatorias* a las respuestas del testigo. Por ejemplo, si le pregunta al testigo: “¿A qué hora llegó a la casa?”, y el testigo le responde: “Llegamos como a las tres de la tarde”, notará que antes de pasar al siguiente tema o tópico tendría que aclarar el sentido o contenido plural que el testigo dio a su respuesta. Es decir, antes de pasar al siguiente tema o tópico tendría que preguntarle: “¿A quién se refiere cuando dice llegamos?” Si al éste responder le indica que se refiere a que llegó con Luis y Carmen, tendría que indagar sobre quiénes son ellos, por qué llegaron con él, etc.

Luego que aclare toda la situación que surgió como consecuencia de aquella respuesta, entonces puede retornar a su línea de preguntas de acuerdo a los temas o tópicos que ya tenía programados para ser cubiertos en el interrogatorio. Esta operación deberá aplicarla en cada respuesta que así lo requiera. Cuando vaya cubriendo los temas o tópicos seleccionados de antemano los elimina de la lista. De esta manera, no debe quedársele ningún tema sin cubrir en el curso del interrogatorio directo a su testigo.

VI.13.12.11 Debilidades del caso

En la mayoría de los casos hay aspectos positivos y aspectos negativos o perjudiciales. De igual forma, sus testigos poseen cualidades positivas y negativas. La interrogante es: presenta usted en su turno de presentación de prueba sólo los aspectos positivos y se arriesga a que los perjudiciales sean expuestos por la otra parte, o presenta sus puntos débiles antes que la otra parte los presente.

Algunos opinan que deben ser expuestos en su turno, pues con ello demuestra honestidad y que no sólo presenta lo positivo, sino que también presenta las cosas que no le favorecen. Además, al hacerlo, deja a la parte adversa sin la oportunidad de causar impacto, al no ser ella la que presenta la información.

Comparto esa opinión, con la salvedad que le recomendaría utilizarla dependiendo quién sea el adversario. Como ya mencionamos, debe conocer las capacidades y debilidades de la parte con quien está litigando. Si entiende que la otra parte es lo suficientemente astuta y estudiosa como para haber averiguado con anterioridad la información perjudicial, preséntela en su turno. Si, por el contrario, entiende que el adversario es de esos que ni por casualidad se le podría ocurrir conseguir esa información, ya sea por su incapacidad o porque es de los que no investigan con rigurosidad sus casos, tómese el riesgo y no la presente. Todo se reduce a una cuestión de estrategia y de riesgo calculado, dependiendo quién sea su adversario en la vista pública.

En todo caso, el testigo debe estar preparado para dar una respuesta razonablemente aceptable en relación con el tema perjudicial, con la cual se minimice el efecto negativo que pudiera causar dicha información en el resultado del caso. Lo anterior debe haber sido discutido y analizado con su testigo en la etapa de la preparación de éste para que esté preparado para la respuesta y no le cause sorpresa.

VI.13.12.12 Gestos y modulación de voz

Con el propósito de evitar que el juzgador se aburra y así le preste toda la atención a su testigo es recomendable utilizar un método de interrogar que no sea monótono y que mantenga la atención del oyente. Una de las formas de lograrlo es haciendo algún tipo de gesticulación cuando formule las preguntas. También es recomendable modular el tono de voz. En ocasiones en voz alta y fuerte, en otras, susurrando casi al oído. Cuando resulte conveniente y apropiado, al formular las preguntas o al escuchar las respuestas, debe hacer muestras de asombro, indignación, sorpresa, tristeza, etc. Claro está, sin que sean exageradas.

Otra forma es no quedándose estático en el mismo sitio al hacer las preguntas. Mientras las condiciones del salón de audiencias lo permitan, debe moverse moderadamente de un lado a otro. Debe observar al juzgador luego de formular alguna de las preguntas o al escuchar alguna de las respuestas del testigo, haciendo gestos de confirmación o aprobación, sin que se vea exagerado. Es decir, utilice al máximo su lenguaje corporal.

VI.13.12.13 Apariencia, presencia y estilo

La apariencia del testigo, así como la del interrogador, son de suma importancia. Lamentablemente, los seres humanos nos impresionamos y nos dejamos llevar por la apariencia de las personas. Está

comprobado que, por lo general, el juzgador se inclinará a desconfiar de aquellos testigos que se personen desaliñados. Si eso es así, tiene que tomarlo en cuenta al tratar de convencer alguna persona de sus alegaciones.

No quiere esto decir que los testigos tengan que presentarse a la vista “disfrazados” de lo que no son. Por ejemplo, si su testigo es un mecánico de automóviles no le pida que se presente a la audiencia vestido de saco y corbata. Pero tampoco permita que vaya impregnado de grasa como está todo el día en su taller. De igual forma, usted, como parte litigante, no tiene que ir vestido como si fuera para un baile de gala. Pero debe estar presentable y limpio. Si usted o su testigo dan la impresión de dejadez en su vestir será muy probable que el juzgador ni les preste atención.

Muchos abogados suelen recurrir a *muletillas* entre una pregunta y otra. Esto ocurre muchas veces por nerviosismo o para estar pensando en la próxima pregunta que formulará.

Por ejemplo, luego de cada respuesta del testigo murmura repetidas veces: “Correcto”, “Ok”, “Muy bien”, “Ajá”, “Estee...”, etc. En otras ocasiones repite constantemente la última frase de la respuesta brindada por el testigo.

Estas muletillas desesperan e incomodan al juzgador y evitan que éste concentre su atención en la información que brinda el testigo. Llegará el momento en que aquél estará más pendiente de la muletilla que de la esencia de la respuesta. Adquirir conciencia de estas muletillas debe ser prioridad para el interrogador.

VI.13.12.14 Duración del interrogatorio

No hay un tiempo determinado para realizar el interrogatorio directo. Estudiosos del tema han dicho que es en los primeros veinte minutos del mismo donde hay que exponer los aspectos más importantes, puesto que luego de transcurridos éstos el juzgador tiende a perder interés en la narrativa. Sin embargo, esa no ha sido mi experiencia. He realizado interrogatorios directos cortos. Otros han sido muy extensos y el juzgador no ha perdido su interés, al menos por esa razón.

Lo verdaderamente importante no es el tiempo específico sino la forma en que sea expuesta la narrativa por parte del testigo y la forma en que el interrogador formule las preguntas. El interrogatorio no se debe hacer con prisa. De lo que sí debe estar pendiente es que se cubra todo lo necesario, no importando el tiempo que ello tome. En cuanto a los hechos importantes del relato, no se limite en tiempo. No debe permitir que el juzgador llegue a suponerse cómo ocurrieron los hechos. Esa información debe ser expuesta en detalle por su testigo. No obstante, procure ser lo más breve posible sin descuidar los aspectos señalados.

VI.13.12.15 Tipos de pregunta

Como indicáramos anteriormente, en el interrogatorio directo se deben formular preguntas abiertas con el propósito de evitar la sugestividad. Ahora bien, tenemos que decidir si permitimos que el testigo exponga su relato en forma de libre narrativa o controlamos su relato por medio de preguntas específicas.

Ambos tipos de pregunta tienen sus ventajas y sus desventajas. La ventaja de la pregunta de libre narrativa al testigo es que permite una mayor interacción entre éste y el juzgador; ya que es menor la intervención del interrogador. La desventaja es que al no ser controladas las preguntas su testigo podría revelar información impertinente y hasta contraproducente en relación con las alegaciones que usted intenta y desea probar.

Por el contrario, la pregunta controlada tiene la desventaja que minimiza la interacción e identificación del testigo con el juzgador. Pero tiene la ventaja que sólo será relatada aquella información que la parte que interroga entienda pertinente y necesaria para probar sus alegaciones. Recuerde que son las partes en el proceso (fiscal o abogado defensor) quienes realmente tienen, o deberían tener, el conocimiento jurídico necesario para determinar qué es y qué no es pertinente y conveniente para lograr sus propósitos en el caso.

Como en todo, siempre es recomendable hacer un balance. La parte debe controlar las respuestas de su testigo por medio de preguntas que, aunque abiertas, vayan dirigidas a respuestas específicas. En ocasiones, sin embargo, debe permitir que el testigo tenga la libertad de utilizar la libre narrativa en aspectos específicos y limitados. Por ejemplo, sería extremadamente narrativa, y muy riesgosa, la siguiente pregunta: "Testigo, ¿qué hizo después que salió de su casa?" La misma permitiría que el testigo relate hechos impertinentes y contraproducentes para su causa. El problema que presenta este tipo de pregunta es, que si al responder la pregunta, el testigo aporta información contraproducente para su causa, pero pertinente al caso, y usted lo interrumpe con el propósito de evitar que continúe declarando, la parte adversa podría objetar aduciendo que no está permitiendo que el testigo responda la pregunta que le formuló.

Una pregunta que permite la libre narrativa del testigo en forma limitada y la cual no conlleva tanto riesgo sería la siguiente: "Testigo, ¿qué puede decirnos sobre la iluminación del área?". Ésta permite la libre narrativa, pero limitada a un tema en específico. Sólo al aspecto relativo a la iluminación. Ello impediría que el testigo declare sobre aspectos impertinentes y contraproducentes al caso. Permite además, que el juzgador vea que no teme que se exprese con libertad.

En resumen, recomendamos como lo más conveniente que se controlen las preguntas que se le formulen al testigo. Dejando un espacio para que, en ocasiones, éste pueda narrar libremente sobre aspectos específicos y limitados. Esto minimizará el riesgo de que el testigo se extienda relatando cosas impertinentes o contraproducentes que puedan afectar la estrategia del caso.

VI.13.12.16 La preparación del testigo

Un buen interrogatorio directo requiere una previa y muy cuidadosa preparación del testigo. En principio parece una tarea fácil, pero no lo es. Muchos testigos lucen mal, incluso como mentirosos, por culpa de la parte que no supo prepararlos bien para su presentación. Cuando comencé mi carrera profesional como abogado defensor me percaté de ello inmediatamente. Presenté testigos que no tenía duda alguna que estaban declarando la verdad, pero por no haberme tomado el tiempo para prepararlos adecuadamente no fueron merecedores de credibilidad por parte del juzgador. En otras ocasiones, presenté testigos creyendo que declaraban la verdad, descubriendo en el proceso que fui yo el primer engañado por éstos. Al preparar a su testigo para el interrogatorio directo el litigante debe tener presente, como mínimo, los siguientes principios:

VI.13.12.17 Cuestionar su versión

Mi primera recomendación es que tan pronto tenga el primer contacto con su testigo dude de todo lo que le diga como si usted fuera la parte contraria. Aun estando convencido, actúe como “abogado del diablo” para despejar toda duda.

Para creer firmemente hay que empezar por dudar. Por tanto, cuestiónelo todo el tiempo con el propósito de observar su credibilidad al ser confrontado con situaciones de presión. Después de todo, será mayor la presión que, muy probablemente, recibirá de la parte contraria en el juicio. Cuando el testigo se percate de su desconfianza hacia él, le reclamará por su actitud y es en ese momento que tiene que explicarle, que antes de convencer al juzgador de los hechos con su versión, tiene que convencerlo a usted.

Explíquelo que será muy difícil convencer a alguien sobre algo de lo cual usted no está convencido aún. Por otro lado, debe informarle que existe la posibilidad de que él pueda estarle mintiendo y que su deber, sea como abogado o como fiscal, es acudir con la verdad al tribunal y tiene que asegurarse de ello. Indíquele además, que él tendrá que enfrentarse a la parte contraria y que usted quiere estar seguro que lo hará con éxito.

VI.13.12.18 Asegurarse que le dice la verdad

Muchos testigos, diría que la gran mayoría le mienten al abogado o al fiscal pensando que al así actuar éstos defenderán mejor sus intereses. Otros, experimentan mucha pena (vergüenza) en admitirle cosas por temor a lo que éstos puedan pensar de ellos. Temen ser juzgados por usted. Es su deber indicarle al testigo que tiene que decirle toda la verdad aunque le incomode hacerlo o crea que ésta no le favorece. Para que el testigo esté tranquilo y confiado, debe informarle que todo lo que él le diga es confidencial y es considerada una comunicación privilegiada y secreta, por lo que usted estará impedido de divulgarla debido a la relación profesional de abogado-cliente.

Debe indicarle además, que si no le dice toda la verdad no podrá representar adecuadamente sus intereses, ya que puede recibir sorpresas durante el proceso y no estaría preparado para afrontarlas con éxito. Claro está, esto no quiere decir que si, por ejemplo, un acusado le acepta que cometió los hechos que se le imputan por el fiscal usted tiene que ir al tribunal y admitirlo. Toda persona acusada de delito, sea culpable o no culpable, tiene derecho a una representación legal adecuada. Nada hay de ilegal o de antiético en que un abogado defienda a una persona que le ha admitido haber cometido los hechos que se le imputan. Su deber es asegurarse que se le garanticen y protejan los derechos que como ciudadano le cobijan y hacer todo lo posible, legalmente claro está, para lograr su absolución de los cargos que se le imputan, aun habiéndole éste admitido ser el autor de los mismos.

La siguiente anécdota demuestra la importancia de que su testigo, en el momento de la preparación del caso, le diga toda la verdad en cuanto a los hechos ocurridos para beneficio de él mismo.

Recuerdo que en uno de mis primeros casos celebrados ante un jurado cuando era defensor público en la Sociedad para la Asistencia Legal de Puerto Rico,¹³ el acusado a quien representaba

¹³ Institución que en Puerto Rico agrupa a los abogados defensores que se encargan de representar a las personas indigentes

me aceptó haber cometido los hechos delictivos que se le imputaban.¹⁴ Pero me indicó que la testigo ocular, y testigo principal del fiscal, aunque así lo aseguraba, no había estado presente en el lugar de los hechos y que todo lo que ella declararía, aunque era cierto, se lo había contado otra persona que, por temor, se negaba a testificar.

Esa sinceridad del cliente me hizo posible hacerle a esa testigo un contra interrogatorio exitoso. Cuando comencé a requerirle detalles sobre los hechos ocurridos, no pudo responder, pues éstos no le fueron contados por la persona que sí estuvo presente. La incapacidad de esa testigo para recordar esos detalles convenció al jurado que ella no pudo haber visto lo que dijo que vio. Es deber del fiscal probar la culpabilidad del acusado y controvertir la presunción de inocencia, de la cual es acreedor hasta que no se demuestre lo contrario y recaiga un fallo o veredicto condenatorio. Recuerde que tiene derecho a guardar silencio. El acusado no tiene que probar su inocencia. Si usted es de los que, como me he encontrado en mis cursos, no podría defender a una persona que le admite haber cometido los hechos que se le atribuyen, dedíquese a otra cosa, pero no sea abogado defensor.⁴

VI.13.12.19 Familiarizarlo con el sistema procesal penal

Por lo general, los testigos son personas que desconocen el funcionamiento del sistema de justicia penal y han tenido poco o ningún contacto con éste. Por ello, uno de sus primeros pasos debe ser familiarizarlo con el sistema procesal penal al que se va exponer. Descríbale, aunque sea someramente, las funciones y roles de los participantes en el proceso.

Recuerde que la mayoría de las personas no saben distinguir entre las funciones de un juez, fiscal o abogado defensor. Explíquele, en términos generales, cómo se conduce el proceso y las reglas que rigen el mismo.

VI.13.12.20 Hacerlo consciente de su rol en el proceso

Debe explicarle el papel que él representa en el proceso y la relación de su testimonio con el de otros testigos que pudiese haber. Explicarle los puntos que van a litigarse y cómo estos se relacionan con su testimonio. Déjele saber qué es lo que usted pretende demostrar con su relato. Hay que dejarle claro, que con su testimonio, no necesariamente, serán probados todos los hechos o todas las alegaciones. Es muy probable que con él se prueben sólo algunas y con otros testigos se prueben las restantes.

Si es posible, llévelo con antelación al salón de audiencias donde se celebrará la vista pública para que se familiarice con el escenario y espacio físico donde será interrogado. Esto es particularmente recomendable cuando el testigo se trata de un menor de edad.

VI.13.12.21 Escuchar su relato y seleccionar las partes pertinentes

Por lo general, el testigo hace un relato extenso y detallado de su versión de los hechos. Pero no necesariamente todo ese relato tendrá que ser vertido por éste en la audiencia. Debe escuchar con detenimiento su historia o relato y luego determinar, qué de todo lo narrado por él es lo

acusadas de cometer delito.

14 Se trataba de los delitos de asesinato en primer grado y portación ilegal de un arma de fuego.

que le va a preguntar en el proceso. Esto se debe a que mucho de lo dicho por el testigo en su relato original es impertinente o no es conveniente exponerlo en el interrogatorio directo por consideraciones estratégicas.

Si se revela en el tribunal toda la información ofrecida originalmente por el testigo puede que el juzgador deje de prestarle atención a la información verdaderamente importante para probar sus alegaciones. Hay que explicarle que no es que esté diciéndole lo que tiene que declarar, sino que de todo lo que él ha relatado, usted sólo utilizará lo que determine que es pertinente, relevante y no contraproducente para probar sus alegaciones.

Hay que aclararle que si la otra parte en su turno de contra interrogatorio le preguntara sobre lo que fue excluido en el interrogatorio directo, él tiene la obligación de responder y que siempre tiene la obligación de decir la verdad, aun cuando entienda que ésta es perjudicial para su causa. Nunca le diga al testigo lo que tiene que declarar. De igual forma, indíquele que no falsee, altere o niegue hechos, con el propósito de favorecer su caso. Con ello lo que puede lograr es que el juzgador le reste credibilidad como ocurrió en una vista pública por el delito de violación que presencié en un tribunal donde se dio la siguiente situación:

Una mujer que caminaba en compañía de un amigo fue arrastrada por un individuo hasta un paraje cercano a una estación de gasolina, donde intentó violarla en presencia de su acompañante. Al llegar el policía al lugar del hecho y arrestar al autor del ilícito, la víctima lo golpeó con mucho coraje en represalia por lo que le había intentado hacer. En la vista pública, ésta aceptó, a preguntas del fiscal, que había golpeado a su atacante cuando éste fue arrestado. Cuando la defensora pública le formuló el contra interrogatorio a su acompañante, quien también testificó en el juicio como parte de la prueba del fiscal, le preguntó si su amiga había atacado al acusado cuando fue arrestado por el policía. Éste, obviamente pensando que si decía la verdad afectaría el caso de su amiga, y desconociendo que ya ella lo había aceptado, negó que ello hubiese ocurrido. Esa respuesta le restó credibilidad frente a los jueces de dicho tribunal.

Obviamente, ello es un ejemplo de lo que suele ocurrir cuando la representación legal, en este caso la Fiscalía, no prepara al testigo antes de presentarlo en la vista pública. Si el fiscal se hubiese tomado el tiempo para ello, le hubiese indicado al testigo que si alguien le preguntara sobre ese incidente, no dudara en decir la verdad de lo ocurrido.

VI.13.12.22 Explicarle las reglas y el propósito del interrogatorio directo

Hay que explicarle al testigo las reglas del interrogatorio directo y el objetivo del mismo. Explicarle al testigo lo que son las objeciones y el propósito de las mismas. Particularmente, el concepto de las preguntas sugestivas y su prohibición en el interrogatorio directo. Tiene que indicarle cuáles son los datos imprescindibles de su testimonio para acreditar sus alegaciones y hacerle hincapié que no debe olvidar declararlos de forma espontánea.

Esto es de suma importancia, puesto que el testigo debe tener bien claro que si de su testimonio no surgen espontáneamente los datos imprescindibles para probar las alegaciones, usted no podrá recordárselo durante el interrogatorio. En el caso de la víctima del ilícito, esos datos serían los elementos del delito del cual fue objeto.

Si no se toma el tiempo de explicarle todo esto, lo dejará indefenso y confuso cuando se confronte con la situación en el juicio. Lo menos que debe desear, fomentar o permitir, es que su testigo se sienta de esa forma.

VI.13.12.23 Definir el vocabulario a utilizar

Es en la preparación del testigo el momento para definir y aclarar el vocabulario que debe éste utilizar al responder las preguntas. Hay palabras que aunque parezcan decir lo mismo conviene más el empleo de unas que de otras. Por ejemplo, para describir la colisión entre dos vehículos en un caso de accidente de tránsito puede utilizarse la palabra choque o la palabra accidente. Si el testigo fuera el fiscal, éste debe indicarle que cuando se refiera al incidente utilice la palabra *choque* y *no accidente*. Por el contrario, si el testigo fuera uno de defensa, el abogado defensor debería indicarle que utilice la palabra *accidente* y *no choque*.

La razón es obvia, la palabra choque a diferencia de la palabra accidente, conlleva una connotación de culpa, dolo e intención, mientras que la palabra accidente generalmente refleja una situación no culposa y que, por tanto, puede ocurrirle a cualquier persona. La repetición de la palabra que se decida utilizar durante todo el testimonio puede causar un efecto psicológico en el juzgador a la hora de tomar su decisión final respecto a la culpabilidad o inocencia del acusado. Nótese que, al así hacerlo, no está diciéndole lo que tiene que declarar. Sólo está sugiriéndole que para describir el incidente utilice otra palabra igualmente aceptable.

VI.13.12.24 Forma de testificar en la vista pública

Hay que indicarle al testigo que debido a que el proceso es oral y en vivo es importante lo que se dice, pero más importante aún, es la forma en que se dice o cómo se dice. Explicarle que no sólo es suficiente que diga la verdad, sino que es muy importante que parezca, o dé la impresión que la está diciendo.

Muchas personas tienen algunos “tics” nerviosos al expresarse. Debe descubrir en esta etapa aquéllos que exhiba su testigo y tratar, por todos los medios posibles, de que éste los corrija.

Por lo general, los testigos se ponen muy nerviosos cuando se presentan a declarar en una vista pública. Por ello, hay que hacer todo lo posible para que entren a la misma con mucha confianza y seguridad en sí mismos. No olvide que una verdad expresada de forma vacilante, temerosa e insegura, puede ser percibida como un falso testimonio. Por el contrario, una mentira expresada con aplomo, seguridad y sin vacilaciones o titubeos, puede resultar aceptada como cierta.

VI.13.12.25 Practicar las preguntas y las respuestas

Para lograr tener éxito con su testigo es necesario practicar y repasar con él las preguntas que le serán formuladas en la vista pública. Puede, inclusive, ensayar el interrogatorio, aclarándole siempre, que no debe memorizar su relato, ya que de ser así será percibido como un libreto ensayado y

perderá impacto ante el juzgador. De esta forma, se logra que el testigo se familiarice con lo que le va a preguntar en la audiencia y no reciba sorpresas en la misma. Déjele saber qué es lo que se busca con cada pregunta formulada haciéndole participe de su estrategia. En ese momento, darle forma a lo que responderá el testigo y a perfeccionar lo que se mencionó anteriormente acerca del vocabulario a utilizar. Esto no quiere decir que debe responder las preguntas como si fuera una representación teatral en la que se ha ensayado tanto que se tienen memorizados los diálogos. Las respuestas deben fluir de forma espontánea y natural.

Debe indicarle que evite, en lo posible, hacerle preguntas a usted durante el interrogatorio. Todas las dudas que éste tenga deben ser aclaradas en esta etapa de preparación.

Decirle además, que aunque ya conozca las preguntas que le hará, no necesariamente debe esperar un orden preestablecido de las mismas. El orden de éstas puede variar durante el juicio y ello no debe tomarlo por sorpresa. Indicarle además, que durante la audiencia pueden surgir preguntas no ensayadas o discutidas con anterioridad.

Recuérdale que la actitud que asuma como testigo en la vista pública no sólo afectará su credibilidad sino que muy probablemente determinará si se le escucha o no por el juzgador. En resumen, si pone en práctica estos principios, a nuestro modo de ver, ha preparado razonablemente a su testigo para el interrogatorio directo, pero no ha terminado de prepararlo en su totalidad. Si importante es preparar a su testigo para el interrogatorio directo más importante aún es prepararlo para que enfrente con éxito el contra interrogatorio de la parte adversa.

VI.13.13 El contra interrogatorio

VI.13.13.1 Concepto y propósito

El *contra interrogatorio* ha sido descrito como el ataque frontal que asegura el triunfo de la “verdad” y la “justicia”. No es otra cosa que la confrontación que por medio de una serie de preguntas o aseveraciones hace una de las partes en el proceso al testigo presentado por la parte adversa.

La *repregunta*, como también se le conoce, es la técnica más difícil de dominar por los abogados litigantes. Si logra perfeccionar el arte de contra interrogar ya tiene la mitad del camino recorrido. De todo el arsenal con el que puede contar una parte litigante cuando entra en una vista pública, como han afirmado algunos, el contra interrogatorio constituye el arma más efectiva de todas y bien utilizada puede ser devastadora. Éste tiene varios propósitos. Uno de ellos, y el cual puede considerarse el principal, es hacer que el testigo de la parte contraria pierda credibilidad ante el juzgador: desacreditando su testimonio o su persona.

El primer caso consiste en “atacar” la historia que relata el testigo, ya sea porque la misma es inverosímil, es contradictoria con la versión ofrecida por otro testigo, o se contradice con una versión anterior de él mismo. El segundo caso consiste en atacar la credibilidad personal del testigo, ya sea por su conducta anterior, sus costumbres, etc.

Cuando no pueda lograr lo anterior podrá utilizar el contra interrogatorio para obtener de ese testigo información favorable a sus alegaciones en el proceso. Es decir, toda aquella información

que confirme sus alegaciones, o que corrobore el testimonio o parte del testimonio que haya prestado o que prestará alguno de sus testigos.

A diferencia del interrogatorio directo donde las preguntas van dirigidas a la narración de una historia en forma cronológica, en el contra interrogatorio las preguntas van dirigidas a aspectos específicos y definidos, pasando de unos a otros sin prestar atención a la cronología de los sucesos.

El contra interrogatorio es el medio para garantizar el cumplimiento del principio de contradicción el cual constituye un pilar fundamental del sistema de adversarios. El nuevo CPP reglamenta el *medio de prueba del careo*. Éste consiste en colocar a dos personas que sostienen versiones diametralmente opuestas a enfrentarse y confrontarse, cara a cara, para que libremente traten de ponerse de acuerdo. Ello se hace con el propósito de establecer cómo ocurrieron los hechos o determinar quién dice la verdad y quién miente. El medio de prueba del careo es un resabio del sistema inquisitivo, el cual resulta inútil en el modelo adversarial adoptado en el nuevo CPP.

Tan crucial es el contra interrogatorio en el sistema acusatorio adversarial para garantizar el principio de contradicción que si un testigo no puede ser contra interrogado por la parte adversa, por la razón que fuere, ya sea porque éste se niegue a contestar las preguntas, porque fallezca o se incapacite, se procedería a eliminar de las actas del caso lo vertido por éste en su interrogatorio directo, o anular el proceso y decretar la celebración de un nuevo juicio.

El contra interrogatorio deberá limitarse a preguntas sobre materias nuevas procedentes del interrogatorio directo. Mi recomendación es que a esta disposición se añadiera la posibilidad de permitir hacer preguntas sobre aquellas cuestiones que afecten la credibilidad de los testigos. Esto es importante, puesto que en la definición de *pertinencia* no se incluye expresamente, como sucede en el sistema anglosajón, el aspecto relativo a la credibilidad de los testigos como prueba pertinente.

Muchos jueces podrían, haciendo una interpretación literal de la ley, no permitir a las partes hacer preguntas cuyo propósito es cuestionar la credibilidad del testigo, pues textualmente no sería una materia cubierta en el interrogatorio directo. En mi opinión, se deberían permitir todas aquellas preguntas relacionadas con la credibilidad del testigo, ya que éste define la prueba pertinente como: "Los hechos y circunstancias relacionados con el delito podrán ser probados por cualquier medio legal prueba, respetando las garantías fundamentales de las personas, consagradas en la Constitución de la República, y demás leyes, siempre que se refiera, directa o indirectamente al objeto de la averiguación y sea útil para el descubrimiento de la verdad." Después de todo, qué otra cosa ayudaría más para el descubrimiento de la verdad que permitirle a las partes presentar en el proceso toda aquella información que ayude a desenmascarar al que está mintiendo.

Recomiendo, también, que los jueces puedan, en el ejercicio de su discreción, permitir que en el contra interrogatorio se hagan preguntas sobre materias no cubiertas con anterioridad como si se tratase de un interrogatorio directo. Lo que quiere decir, que cuando ello se permita, esas preguntas sobre las materias nuevas tienen que seguir las reglas del interrogatorio directo. No podrían éstas ser hechas de forma sugestiva. Es decir, para esas preguntas relacionadas con materias no cubiertas en el interrogatorio directo, y para los propósitos de la pregunta así formulada, la

parte que lo está contra interrogando lo estaría convirtiendo, de facto, en su propio testigo. Sobre esas materias nuevas la parte que presentó al testigo podría entonces repreguntarle de forma sugestiva como si se tratara de un contra interrogatorio.

VI.13.14 Normas básicas del contra interrogatorio

Sin pretender ser exhaustivos, señalaremos algunas de las normas básicas que se han esbozado con el propósito de que el contra interrogatorio logre sus objetivos.

VI.13.14.1 Control

A diferencia del interrogatorio directo donde el “actor principal” es el testigo, en el contra interrogatorio lo es el interrogador; es decir, el litigante. Éste debe mantener control en todo momento sobre el testigo que se interroga. No puede permitir que el testigo ofrezca explicaciones en sus respuestas. Como han dicho algunos, mientras menos “abra la boca” el testigo: mejor. Mientras menos hable éste, mayor control se tendrá sobre él. Si el testigo insiste en ofrecer una explicación en su respuesta a una de sus preguntas, debe solicitar el auxilio del tribunal y que sea éste quien instruya al testigo en el sentido que debe responder la misma tal y como le ha sido formulada, sin necesidad de explicaciones, pues éstas no le han sido solicitadas. Estas explicaciones le podrán ser requeridas por la parte que lo presentó como testigo en el interrogatorio redirecto de entenderlo necesario.

VI.13.14.2 Brevidad y organización

El contra interrogatorio debe ser lo más breve posible. Recuerde que el testigo está identificado con la parte adversa y será muy poco lo que pueda decir en favor de su causa. Antes de comenzar el contra interrogatorio se deben seleccionar las áreas o temas que se deseen cubrir en el mismo. Una vez seleccionados, debe pensar qué tipo de preguntas formulará para cubrirlos y la estrategia a seguir.

Cada pregunta debe contener un solo hecho o tema a la vez. Nunca debe utilizar el contra interrogatorio para hacer una *expedición de pesca*, es decir, preguntar sin objetivo alguno y sólo para ver lo que se obtiene. De hacerlo así, la sorpresa que le espera pudiera ser contraproducente a sus intereses.

VI.13.14.3 Ritmo y velocidad

El ritmo y la velocidad con la que se lleve a cabo el contra interrogatorio es esencial y determinante. Tiene que hacerse una pregunta tras otra sin que haya pausas entre las mismas. El propósito de ello es evitar que el testigo piense, fabrique o maquine sus respuestas. No puede permitirle al testigo que reflexione. Por tanto, siempre debe tener preparada la siguiente pregunta para formularla inmediatamente éste termine de responder la que le precedió. Claro está, excepto que la respuesta brindada por el testigo requiera que haga preguntas adicionales para dejar claro el asunto. De ser necesario, esas preguntas adicionales deberá formularlas también sin dejar lapsos entre una y otra.

Esto sucede así debido a que de las respuestas brindadas por el testigo generalmente surge la necesidad de formular preguntas que en principio para usted no eran previsibles. De ser ese el caso, debe tener la habilidad de formularlas tan pronto el testigo termine su última respuesta. Luego de terminar con estas preguntas adicionales podrá reincorporar las preguntas que tuviese programadas de acuerdo a los temas que decidió cubrir en el contra interrogatorio.

VI.13.14.4 Coordinación

Las preguntas deben hacerse con rapidez, pero con precaución. Éstas deben ser claras e inequívocas. Deben además ser preguntas sencillas, formadas por oraciones simples y no compuestas. Las preguntas formuladas en el contra interrogatorio no deben dar margen para que el testigo le pueda dar una interpretación distinta a la que usted tenía en mente cuando la formuló.

De no tener presente lo anterior, al formular las preguntas, el testigo responderá a base de la interpretación que más le convenga, y si lo hace de forma responsiva, no podrá interrumpirlo y hacerle otra pregunta para evitar que continúe con su respuesta.

VI.13.14.5 Actitud

Al realizar el contra interrogatorio, el interrogador no puede asumir la misma actitud para con todos los testigos por igual. No se puede, ni se debe, contra interrogar a todos los testigos de la misma forma. Hay que hacer distinciones entre ellos tomando en cuenta varios factores. Por ejemplo, no se puede contra interrogar a un niño de la misma forma que a un pandillero. La agresividad con la que contra interrogaría a un pandillero, o a una persona que usted sabe que está mintiendo, no será la misma que utilice para contra interrogar a una persona de la tercera edad que esté declarando como testigo por circunstancias ajenas a su voluntad. Tampoco debe contra interrogar a un profesional especializado en algún campo de la ciencia (un perito) de la misma forma que lo haría con una persona que no tenga estudios profesionales.

Hay que distinguir entre aquel testigo que a todas luces tiene un interés en el resultado del pleito y, por ende, pueda tener mucho interés en que no surja la verdad de los hechos, de aquel que es testigo por circunstancias fortuitas y circunstanciales. Por ejemplo, un abogado defensor debe tener mucho tacto y precaución al contra interrogar un testigo presencial de los hechos delictivos que le son imputados a su cliente si dicha persona es testigo únicamente porque en el momento del incidente pasaba por el lugar y no tiene ninguna relación de amistad o afinidad con la víctima del ilícito, ni algún interés particular en el resultado del caso.

De igual forma, en un caso donde la defensa del acusado sea la de coartada, es decir, que en el momento en que ocurrieron los hechos delictivos que se le imputan, éste estaba en otro lugar; lo que haría imposible que él cometiera el ilícito, el fiscal debe ser sumamente cuidadoso al momento de contra interrogar a ese testigo. Tiene que distinguir cuando ese testigo sea, por ejemplo, la esposa del imputado que declare que en la fecha y hora en que ocurrió el ilícito su esposo estaba con ella viendo televisión en su hogar; distinto al caso, en que dicho testigo sea, por ejemplo, el empleado de una empresa comercial, el cual no conocía con anterioridad al acusado y que declare que en la fecha y hora en que ocurrió el ilícito éste hacía gestiones comerciales en su negocio.

Asimismo, tiene que saber diferenciar entre aquel testigo, que aunque contrario a sus intereses o a su causa, está diciendo la verdad, de aquel que está mintiendo y usted tiene la prueba para demostrarlo.

En resumen, la fórmula que le funcionó para el contra interrogatorio de un testigo no necesariamente le resultará con otro. La duración del contra interrogatorio, la agresividad que se ejerza hacia el testigo, el tono de voz y las técnicas que se utilicen en todos esos casos anteriores, serán distintas con cada uno de ellos.

VI.13.14.6 Memoria

Es indispensable tener buena memoria para poder realizar un buen contra interrogatorio. El interrogador debe tener la cabeza llena de datos y la capacidad para retener una gran cantidad de información. Debe recordar las declaraciones del testigo vertidas en el interrogatorio directo. Pero además, debe tener en su "banco mental de datos" aquella información vertida por otros testigos que hayan declarado con anterioridad. A todo lo anterior, súmele aquella información que haya obtenido en la investigación que hiciera de su caso.

Recuerde que al ser oral y continuo el proceso no debería estar buscando esos datos en sus apuntes cada vez que quiera referirse a ellos. El poder recordar esos datos al instante sin necesidad de buscar anotaciones es sumamente importante, pues así le deja ver al testigo que está mejor preparado que él para enfrentarlo, por lo que a éste le convendría tener cuidado de no cometer un falso testimonio. Además, de esta forma también mantiene el ritmo adecuado del contra interrogatorio sin necesidad de interrupciones innecesarias, logrando con ello mantener el control del testigo.

VI.13.14.7 Momento adecuado

En la mayoría de ocasiones no debe "atacar" al testigo nada más empezar el contra interrogatorio. Antes de "propinarle el estacazo" déjelo que tome confianza, que se sienta dueño de la situación, que se sienta vencedor e intocable. En otras palabras: "duérmalo" primero. Por el contrario, cuando en el interrogatorio directo el testigo ha mentido de forma descarada es recomendable "atacarlo" de entrada.

Esté pendiente del momento más adecuado para darle el "golpe final". El contra interrogatorio debe terminar con la pregunta más significativa e impactante, es decir, la pregunta demoledora. El contra interrogatorio que termina con una respuesta favorable al testigo es mortal para los intereses del interrogador.

VI.13.15 Principios generales del contra interrogatorio

Como ya señalamos, el contra interrogatorio es una de las técnicas de litigación oral más difíciles de realizar para los abogados litigantes. Existen algunos principios generales que pueden servir de guía para intentar hacer el contra interrogatorio de la mejor manera posible. Unos son simples y sencillos. Otros, por qué no decirlo, resultan obvios. Pero si nadie nos hace conscientes de los mismos podríamos pasarlos por alto. A continuación expondremos el mayor número de ellos con el propósito que se tengan presentes al planificar y realizar un contra interrogatorio.

VI.13.15.1 No repetir el interrogatorio directo de la parte adversa

El primer y más grave error que cometen muchos litigantes al realizar un contra interrogatorio es que repiten el interrogatorio directo que le hizo la parte que presentó al testigo. Al así hacerlo, lo único que se logra es recrearle o exhibirle nuevamente al juzgador la “película” de la parte adversa. Muchos litigantes lo hacen inconscientemente, pero otros lo hacen para justificar su trabajo ante aquellos a quienes representan en el proceso.

Por lo general, el abogado defensor entiende que si no le formula un contra interrogatorio al testigo contrario, su representado pensará que no lo está defendiendo como es debido. El fiscal, por su parte, entiende que la víctima del ilícito pensará de la misma forma si no le repregunta a los testigos que declaren a favor del acusado.

Hay excepciones a este principio. Ejemplo: Un abogado defensor en Puerto Rico que representaba a un acusado al que se le imputaba un delito de violencia intra familiar (violencia doméstica) tuvo que contra interrogar al hijo de éste quien declaraba en su contra. Cuando le tocó su turno de repregunta lo único que hizo fue solicitarle al menor que repitiera lo que había declarado en el interrogatorio directo, indicándole que no lo había escuchado bien. Al repetir su testimonio, el menor, narró la misma historia, exactamente con las mismas palabras que había empleado en aquél. Ello fue suficiente para convencer al juzgador que el menor se había memorizado la historia, logrando así la absolución del acusado.

VI.13.15.2 Determinar su utilidad

Hay que tener siempre presente la máxima de que: *En algunas ocasiones, el mejor contra interrogatorio es aquel que no se hace.* Si no tiene un objetivo o propósito definido para realizar un contra interrogatorio es mejor no hacerlo.

En el contra interrogatorio nunca haga preguntas por el mero hecho de hacerlas. Para evitar que la parte que usted representa piense que no le está defendiendo sus intereses adecuadamente explíquese el porqué de su decisión de no contra interrogar.

Es importante determinar, pues, cuándo hacer y cuándo no hacer un contra interrogatorio. Si en el balance de intereses entiende que realizarlo puede ser más perjudicial a su causa que lo que pudiera beneficiarla: no lo haga. Tampoco debe hacerlo si el testigo, luego del interrogatorio directo, no perjudicó su caso.

Si el testigo perjudicó su caso en el interrogatorio directo, pero no tiene las “herramientas” para desacreditarlo o desmentirlo, tampoco lo haga, pues lo que logrará es que se agrave aún más el daño que ya le causó. En ese caso puede hacerle preguntas sobre aspectos que corroboren algo de lo ya dicho o de lo que dirán sus testigos. Posteriormente, en el alegato de clausura podrá decir que ese dato específico no sólo fue expuesto por sus testigos, sino también por uno de la parte adversa, lo que dará mayor fuerza a su argumento ante el juzgador.

VI.13.15.3 Conocer la respuesta

En el sistema acusatorio adversarial existe una premisa básica, la cual postula que nunca haga una pregunta en un contra interrogatorio si no sabe la respuesta del testigo. Esta premisa tiene

sentido en el sistema anglosajón ya que en aquél desde las etapas preliminares del proceso (audiencia inicial y audiencia preliminar) los testigos declaran en forma oral y, en la mayoría de los casos, son contra interrogados por la parte adversa. Cuando se lleva a cabo la vista pública, como norma general, en las etapas preliminares las partes ya han contra interrogado a los testigos y saben de antemano sus puntos fuertes y débiles. Por otro lado, a cada testigo, por lo general, se le toma una declaración jurada por escrito con su testimonio y la otra parte sabe, más o menos, sobre lo que le puede preguntar sin tomarse riesgos innecesarios.

La experiencia generalizada en Latinoamérica es que los testigos no declaran oralmente en las etapas iniciales del proceso ni son contra interrogados por la parte adversa. Los fiscales que “investigan” el ilícito no perpetúan el testimonio de los testigos por medio de declaraciones juradas. Es en la vista pública donde las partes por primera vez se enfrentan a los testigos contrarios. Siendo ello así, lo más que podemos recomendar en cuanto a este aspecto es que cuando no sepa la respuesta que le brindará el testigo sólo se arriesgue a preguntar en aquellos casos donde tenga prueba independiente con la cual pueda confrontar y desmentir al testigo en caso que no le brinde la respuesta esperada. En el caso de República Dominicana se me ha informado que es común que los testigos declaren en las audiencias iniciales.

VI.13.15.4 No leer las preguntas

Si es importante que en el interrogatorio directo no se lean las preguntas que se le formulan al testigo, con mayor razón lo es en el contra interrogatorio. Leer las preguntas haría fútil todo lo que se intenta lograr con el contra interrogatorio. Es recomendable sin embargo, al igual que en caso del interrogatorio directo, preparar una lista de tópicos o temas a ser cubiertos en el contra interrogatorio, con el propósito que no se le quede ninguno por cubrir.

VI.13.15.5 Seguridad y firmeza

Al hacer el contra interrogatorio nunca demuestre inseguridad o desconfianza, puesto que el testigo lo percibirá y sacará provecho de ello, logrando que usted pierda el control sobre éste. Tampoco caiga en la trampa de polemizar con el testigo. Él está allí para responder a sus preguntas. No permita que éste lo cuestione ni que tome el control de la situación. En caso que el testigo insista en polemizar con usted, solicite inmediatamente, con mucho respeto y estilo, el auxilio del tribunal para que oriente al testigo en cuanto a su obligación de responder concretamente a sus preguntas.

VI.13.15.6 Hacer preguntas cerradas

En el contra interrogatorio siempre debe hacer preguntas cerradas. Como norma general, nunca haga preguntas abiertas. Es decir, nunca comience una pregunta utilizando: *Qué, Cómo, Cuándo, Dónde, Por qué, Explique tal o cual cosa, Describa tal o cual cosa*; excepto en temas poco importantes o no controversiales, con el propósito de variar un poco el ritmo y para que el juzgador no se aburra por la monotonía de su estilo al formular sólo preguntas cerradas.

También logrará con ello que el testigo asuma una falsa sensación de confianza y que domina la situación. Es decir, que ya pasó el “trago amargo” ante su presión. De igual forma, con ello logra dar a entender que no tiene temor a que el testigo se exprese con libertad.

VI.13.15.7 Hacer preguntas aseverativas

En el contra interrogatorio, no se debe formular preguntas en su sentido clásico. El interrogador debe formular *afirmaciones o aseveraciones*, las cuales el testigo confirmará o negará. Hacerlo siempre demostrando mucha seguridad y dejando ver que tiene razón en lo que afirma y que sabe de lo que está hablando. Nunca formule la aseveración en forma de interrogante o demostrando duda e inseguridad. Si lo hace así puede dar la impresión que no tiene seguridad de la respuesta y el testigo se aprovechará de ello.

VI.13.15.8 Identificar contradicciones

Identifique las contradicciones en que haya incurrido el testigo en su propio testimonio y con el testimonio de los otros testigos presentados por la misma parte que lo presentó a él. Si no identifica ninguna, trate de hacerlo entrar en contradicciones con su testimonio y con el de los otros testigos. Identifique sus partes vulnerables y adelante con el contra interrogatorio.

VI.13.15.9 Escuchar las respuestas

No olvide escuchar bien las respuestas brindadas por el testigo en el interrogatorio directo al cual fue sometido, al igual que las respuestas a sus preguntas en el contra interrogatorio. Recuerde que de ellas pueden surgir preguntas que no tenía previstas en un principio y tendrá que formularlas en el mismo instante. Es sumamente importante estar pendiente de las respuestas del testigo con el propósito de asegurarse que la pregunta formulada sea respondida.

Por lo general, las personas nunca responden lo que se le pregunta. Si no lo creen, observen cualquier entrevista de algún noticiero en la televisión, escuchen la pregunta y analicen si la respuesta brindada contesta la pregunta formulada. Esto, en televisión, podría permitirse. Pero en un proceso penal, cuando la respuesta a su pregunta no se refiera adecuada y concretamente a lo que fue preguntado, debe interrumpir y formular nuevamente la pregunta. Claro está, a no ser que lo que se estuviese respondiendo, no siendo la respuesta esperada de conformidad con la pregunta formulada, favorezca sus alegaciones en el caso.

VI.13.15.10 Materia o asuntos nuevos

Si tenía previsto preguntarle sobre un tema que no fue mencionado por éste en el interrogatorio directo, evite entrar en él a menos que sea imprescindible para su causa. Recuerde que si origina el tema le dará oportunidad a la otra parte a preguntar sobre el mismo cuando le corresponda hacer el interrogatorio redirecto.

VI.13.15.11 Contacto personal

Mientras realice el contra interrogatorio acérquese físicamente lo más que pueda hacia el testigo, ya que ello creará una presión psicológica sobre él y ayudará a evitar que piense o maquine sus respuestas.

Recomiendo a los jueces que permitan, en lo posible, que las partes puedan tener alguna movilidad en el salón de audiencias. Ello es necesario para un buen contra interrogatorio.

VI.13.15.12 Respeto y cortesía

La parte que interroga no debe mofarse del testigo ni ser irónico con éste, a no ser que se quiera poner en evidencia las falsedades que está diciendo, máxime si éste es una persona mezquina. Por el contrario, hay ocasiones en que la actitud de la parte debe reflejar que el testigo está equivocado en vez de que está mintiendo. También podría dejar ver que el testigo trata de ocultar algo que no le conviene. No siempre es necesario “castigar” tan cruelmente a un testigo, pues el juzgador, especialmente cuando se trata del jurado, puede compadecerlo aun siendo éste el testigo más mentiroso. Claro está, todo depende quién sea el testigo a quien tenga que contra interrogar.

VI.13.15.13 Observar las reacciones del juzgador

Siempre debe estar pendiente de las reacciones del juzgador a las respuestas del testigo. De esta manera sabrá el impacto que están causando en éste. Se percatará con ello si va o no por buen camino con la línea de preguntas que está formulando. Es por las reacciones del juzgador a determinadas respuestas del testigo que, en ocasiones, usted se irá percatando si éstos le están dando importancia a determinados asuntos, los cuales no consideró tan cruciales. Si ello le ocurre deberá profundizar un poco más en ese tema.

VI.13.15.14 No rematar al testigo

Cuando tenga la suerte de haber podido lograr “destruir” al testigo en su contra interrogatorio sepa cuando terminar con él a tiempo. No siga abusando del “caído”. En otras palabras, no continúe “rematándolo en el suelo”. Lo podría convertir en mártir o víctima frente al juzgador. Éstos, como castigo por su abuso con el testigo ya abatido, podrían resolver el caso en su contra.

VI.13.15.15 No telegrafiar el objetivo

No debe hacer las preguntas con un orden claramente identificable o predecible por el testigo. De esta forma a éste se le hará difícil definir hacia dónde dirige su interrogatorio. Si el testigo está mintiendo o se aprendió un libreto ensayado de antemano, cuando le hace una pregunta que no fue prevista por él, éste puede inventar una respuesta razonable en ese momento. Precisamente por ser un invento y no haberlo percibido y vivido en la realidad, si posteriormente le hace la misma pregunta, aunque sea de forma distinta, lo más probable es que no recuerde la mentira que le dijo al principio y quedará al descubierto.

Muchos litigantes cometen el grave error de emocionarse cuando están logrando refutar (impugnar) o desacreditar al testigo y en vez de dejar sus argumentaciones para el alegato de clausura, argumentan con el testigo sus logros al respecto, lo que le permite a éste rectificar; aclarar o dar una explicación satisfactoria a la supuesta refutación (impugnación). Es decir, no saben cuando dejar de preguntar y cometen el error de hacer la tan dañina y contraproducente “pregunta extra”.

El siguiente ejemplo es explicativo de lo anteriormente expuesto: Supongamos que un acusado de violar a una menor de edad presenta la defensa de coartada. Para probar la misma, su esposa declara a favor de éste, afirmando que su esposo estaba con ella en su casa en la fecha y hora en que supuestamente se cometió el ilícito que a él se le imputa.

El fiscal le formula a la testigo las siguientes preguntas aseverativas en el contra interrogatorio:

1. Fiscal : Testigo, usted lleva quince años de casada con su esposo, ¿cierto?
Testigo : Sí, señor.
2. Fisca : Él ha sido muy buen esposo con usted, ¿verdad?
Testigo : Sí, ha sido muy buen esposo conmigo.
3. Fiscal : Lo cierto es que usted ama mucho a su esposo.
Testigo : Sí, lo amo mucho.
4. Fiscal : Verdad que no le gustaría que su esposo se ausentara físicamente de su hogar.
Testigo : No soportaría su ausencia del hogar, así es.
5. Fiscal : Y lo cierto es que su esposo es el soporte económico en su hogar, ¿correcto?
Testigo : Sí, aunque yo aporte en algo, él es quien tiene la mayor carga económica en la casa.
6. Fiscal : Por tanto, si su esposo faltara en su hogar, lo cierto es que habría un revés económico en su familia.
Testigo : Sí, así es.
7. Fiscal : Por tanto, haría todo lo posible para evitar que su esposo fuera preso, inclusive mentir aquí en este tribunal de justicia, ¿correcto?
Testigo : No, señor fiscal, es cierto, como ya le indiqué, que a mí no me gustaría que mi esposo faltara en el hogar. Pero ello no quiere decir que esté dispuesta a mentir aquí en el tribunal. Yo soy una persona muy respetuosa de la ley. Además, soy una persona muy creyente en Dios. No es mi costumbre mentir y menos aún en un tribunal de justicia como éste. Además, si yo estuviese convencida de que mi esposo es el autor de tan despreciable acto criminal, como el que usted le imputa, sería la primera persona en este mundo en denunciarlo, porque ya no me interesaría seguir viviendo con una persona así.
8. Fiscal : No tenemos más preguntas con la testigo.

Nótese que las preguntas del fiscal iban obviamente dirigidas a dejar ver que la esposa haría todo aquello que estuviera a su alcance para evitar que su esposo fuera a la cárcel. Inclusive mentir en su favor. Lo estaba logrando. Su error fue no terminar el contra interrogatorio con la respuesta brindada por la testigo a la sexta pregunta. Al formular la séptima pregunta, permitió que la testigo se percatara del objetivo y propósito de su interrogatorio y, muy hábilmente, le arruinó su posible argumento para el alegato de clausura al responderle de la forma en que lo hizo.

En el caso del abogado defensor la regla de oro es la siguiente: *Si el fiscal no prueba uno de los elementos del delito, el abogado defensor no debe tocar ese tema en el contra interrogatorio. Recuerde que la carga o el peso de la prueba la tiene el fiscal.*

La mejor defensa de ese abogado hacia su representado hubiese sido no preguntar sobre las condiciones del arma y, menos aún, si la misma estaba o no cargada.

VI.13.15.16 Cómo concluirlo

Hay que saber cuándo terminar a tiempo un contra interrogatorio. Nunca olvide que el caso no termina ahí. El proceso penal es similar a la construcción de un edificio. Éste se construye piso a

piso. Empezando por el primero hasta llegar al último. Igual ocurre en la vista pública, donde ese “último piso” lo sería el alegato de clausura.

Todo lo que vaya haciendo en el caso debe ser teniendo siempre en mente que al final tendrá la extraordinaria oportunidad, en el alegato de clausura, de argumentar y hacer todas aquellas inferencias y deducciones que entienda razonables de acuerdo a la prueba admitida y a lo que hayan declarado los testigos sin que éstos puedan ya, en esa etapa del proceso, ofrecer explicaciones o justificaciones a sus inferencias.

En el ejemplo anterior si el fiscal no hubiese formulado la séptima pregunta a la testigo hubiese podido argumentar, en su alegato de clausura, que ciertamente una esposa que admite que si su esposo falta en el hogar hubiese un revés económico en su familia, no debe ser merecedora de credibilidad por parte del juzgador. Con esa séptima y última pregunta perdió esa oportunidad y permitió que el contra interrogatorio terminara con una respuesta sumamente favorable a la testigo, lo que, como ya dijimos, es mortal para el que hace la repregunta.

VI.13.15.17 Declaraciones anteriores del testigo

Tanto fiscales como abogados defensores se enfrentan con un grave problema cuando un testigo en la vista pública declara algo parcial o totalmente distinto y contradictorio a lo declarado con anterioridad sobre el mismo asunto. El problema consiste en que si se le confronta con lo que declaró anteriormente y aquél niega haber hecho dicha manifestación las partes deben tener la manera de desenmascararlo frente al juzgador.

Un ejemplo que se presenta a diario en los tribunales es el siguiente: Supongamos que una víctima de *violación* ofrece su versión original del acto delictivo al fiscal que investiga el ilícito. Luego, en la vista pública, por la razón que fuere, cambia la versión de los hechos exculpando al acusado, a quien ya había señalado como autor del acto en su versión original. En Latinoamérica me he percatado que cuando el fiscal intenta confrontarla con el acta que contiene su versión original de los hechos, algunos jueces no lo permiten aduciendo que ésta no tiene valor probatorio alguno por razón de lo dispuesto en el nuevo CPP. Muchos jueces entienden que lo que realmente importa es lo que el testigo declare en la vista pública y no lo que haya declarado antes. Sin entrar, por ahora, a valorar lo correcto o incorrecto de esa interpretación, tenemos que señalar que interpretando y resolviendo de esa manera, son los propios jueces los que propician que los ciudadanos puedan mentir impunemente en sus salas de audiencia.

En los procesos acusatorios orales esta es la forma por excelencia utilizada para impugnar la credibilidad de un testigo: *por sus manifestaciones anteriores*. Es utilizada por los fiscales en casos como el del ejemplo anterior. Los abogados defensores, a quienes se les debe entregar copia de dichas actas, la utilizan para confrontar al testigo con las contradicciones que pudiese haber entre esa primera versión y la expresada en la vista.

Es muy importante que se permita la refutación o impugnación de un testigo, haciendo uso de sus declaraciones o manifestaciones anteriores. Máxime cuando es un hecho real y comprobable que dicho testigo ha emitido dos o más declaraciones distintas o contradictorias, lo que implica que en alguna de ellas ha mentido.

Después de todo, lo más importante de la prueba testifical (testigos) es la evaluación de su credibilidad. ¿Cómo se podría llevar a cabo esta función si no se le facilita a las partes los mecanismos

idóneos para poder poner en condiciones al juzgador para que éste evalúe la credibilidad de los testigos que se presentan ante él? Lo contrario, repetimos, sería darle carácter oficial y jurídico a la mentira y la impunidad en el foro judicial.

Un ejemplo de convivencia doméstica podría ilustrar lo que acabamos de relatar: Supongamos que la madre, al llegar a su casa, le pregunta a su pequeño hijo si ya hizo la tarea escolar. Éste le dice que sí. Ella, dudando de la veracidad de sus palabras, revisa el cuaderno y se percató que la tarea aún no ha sido realizada. Cuando llega el padre al hogar, la madre le informa que el niño no ha hecho la tarea. Aquél llama al niño y le pregunta si es cierto que no ha realizado la tarea. El niño le dice que ya la hizo y que es falso lo que dice la madre. Cuando la madre busca el cuaderno para demostrarle al padre que el niño está mintiendo, éste le dice que no revisará el cuaderno, pues ya el niño le dijo que la hizo y lo importante es lo que diga el niño. Como se puede apreciar, la realidad es que el niño no ha hecho la tarea, pero el padre no permitió que se descubriera la verdad al evitar que la madre utilizara el cuaderno para demostrarlo.

Si lo anterior fuera un juicio, el niño sería el testigo que está mintiendo al juez (padre) y la madre sería la abogada a la quien el juez no le permite confrontar al testigo con la “declaración anterior” (cuaderno) para que aquél pueda llegar a descubrir la verdad real de lo ocurrido. El padre (juez) se priva de descubrir la verdad al no permitirle a la abogada (madre) utilizar esa prueba (cuaderno) para confrontar al niño (testigo). Resultado: La verdad jurídica sería que el niño hizo la tarea aunque, como se puede apreciar, la realidad es que no la hizo (verdad real).

Por todo lo anterior, entendemos que es de suma importancia que en el sistema acusatorio que se está tratando de implementar en el país se aclare y se le dé uniformidad a este aspecto del proceso para que el sistema comience a funcionar como se espera de él.

En muchas ocasiones la contradicción (confrontación) que las partes hacen a los testigos en el contra interrogatorio se limita a hacer preguntas triviales: sin sustancia. En la mayoría de ocasiones lo que en realidad hacen es repetir las mismas preguntas que le formuló la parte que presentó al testigo en el interrogatorio directo. Desaprovechando así la oportunidad que se les brinda a las partes de poder realizar un efectivo contra interrogatorio al testigo y así poder confrontarlo. Además, ayudaría al juzgador en la ardua tarea de evaluar la credibilidad del testigo. Después de todo, es la credibilidad de la prueba lo que está en juego en todo proceso.

Finalmente, tenga en cuenta que cuando se le permita por el tribunal refutar a un testigo por declaraciones anteriores, haga antes lo que se conoce como “amarrar al testigo”. Es decir, asegúrese que repita y se reafirme en aquella parte de su testimonio anterior el cual usted desea refutar. Ofrezcale la oportunidad para que pueda rectificar. Esto sitúa en una justa perspectiva el testimonio ante los ojos del juzgador e impide que el testigo, cuando se percate que lo ha “entrampado” con su estrategia, pueda salir de esa situación justificando y alegando que tuvo un error de verbalización.

VI.13.16 Prueba pericial

La prueba pericial se regulará de acuerdo al nuevo CPP. Lo que sí es importante enfatizar es que la prueba pericial es una prueba más en el proceso. No es más importante que ninguna otra prueba. No debe sustituirse la prueba pericial por la función que le corresponde al juez. Es decir, la prueba pericial es para ayudar al juez a que tome la decisión más correcta posible para

resolver una controversia en aquellas áreas donde se necesita de una especialización que el juez obviamente no tiene. Pero como en todo, en el área pericial de cualquier materia hay diferentes opiniones de especialistas. Es el juez el que, luego de escuchar a los expertos en la materia, debe tomar la decisión que dentro de su sana crítica entienda que procede en unión a toda la otra prueba en el proceso. El perito no es el juez.

VI.13.16.1 Principio de legalidad de la prueba y exclusión de la prueba ilícita o derivada

El principio general es que toda aquella prueba que se pretenda incorporar al juicio tiene que haber sido obtenida por medios lícitos. Si se obtiene la misma por medios ilícitos la consecuencia es que será excluida del proceso como castigo a la parte proponente de la misma, Esto se hace para desalentar que se violen las garantías constitucionales al momento de investigar los actos delictivos. También se excluye como prueba en el proceso toda aquella prueba que se advino a ella como consecuencia de la violación original. Ejemplo: Si se arresta a un acusado y sin presencia de representación legal se le extrae una confesión es confesión es inadmisibles así como toda aquella prueba obtenida como consecuencia de la información adquirida por medio de la confesión.

VI.13.16.2 Procedimiento para su impugnación

El procedimiento para su impugnación en el sistema acusatorio adversarial es presentando al tribunal una petición de supresión de evidencia alegando en ella las razones o fundamentos en los que se basa la misma en unión a una relación de hechos según ocurrieron. La misma se discute ante el tribunal con antelación al juicio. Si se determina que la evidencia fue obtenida ilegalmente se ordena la supresión de la evidencia y se reenvía el caso a juicio pues puede que el fiscal todavía cuente con evidencia independiente para poder probar los cargos. Si la prueba suprimida es imprescindible para que el fiscal pueda probar los cargos entonces se desestima o archiva la causa y se ordena la libertad del acusado. Si el fiscal tiene prueba independiente para probar los cargos entonces se continúa el proceso pero el fiscal está impedido de utilizar la prueba suprimida.

Unidad VII

Los Derechos de Protección a la Víctima

Autor

Dr. Pablo Llarena Conde

Contenido

• Concepto de Víctima • Los Daños Causados por el Delito • Principios Generales de la Victimología • Derecho de la Víctima a Impetrar Justicia • La Intervención de la Víctima como Parte del Proceso Penal • La Intervención en el Desarrollo del Proceso de la Víctima no Constituida en Parte • La Participación de la Víctima en la Finalización del Proceso

VII. Introducción

Resulta evidente el avance de la victimología en los últimos años y particularmente en la segunda mitad del siglo recién terminado. El avance ha venido dinamizado por un movimiento internacional que no sólo se interesaba por una mayor asistencia a las víctimas del delito, sino que propugnaba incluso su compensación en todo caso.

El 29 de noviembre de 1985, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó su Declaración sobre Principios Básicos de Justicia para las Víctimas del Delito y Abuso de Poder. La resolución de la ONU era heredera de los Congresos para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente de Ginebra (1975) y de Caracas (1980) y reaccionaba ante una situación generalizada en aquellos años, en la que la víctima: 1) no contaba con una atención adecuada por parte de los servicios sociales, policiales y de la administración de justicia; 2) quedaba al margen además de toda información respecto al objeto del proceso penal y 3) se enfrentaba la mayor parte de las veces a la imposibilidad de una reparación económica por parte de los responsables del delito. La resolución pretendía así que, sin perjuicio de los derechos de los inculpados y delincuentes, se adoptaran por los estados las medidas necesarias para el respeto de los derechos de las víctimas y para la consideración de su duelo.

Derivadas de esta Resolución, se promulgaron diversas normas tendentes a mejorar la situación de la víctima en su relación con la administración de justicia. La primera ley Justice for Victims of Crime Act, de la provincia canadiense de Manitoba, fue seguida en distintas provincias. Los Estados Unidos promulgaron las leyes Victim and Witness Protection Act (1982), Victims of Crime Act (1984) y Victims Rights and Restitution Act (1990), así como abordaron distintas reformas de las constituciones federales con el objeto de reconocer en ellas los derechos de las víctimas. De este movimiento, seguido en múltiples países, no fue ajena América Latina, cuyas legislaciones han fortalecido la consideración de la víctima a los largo de las dos últimas décadas, reconociéndose esenciales derechos a los sujetos pasivos del delito –como en el actual Código Procesal Penal de la República Dominicana- con independencia de su eventual constitución en parte durante el proceso.

En el seno europeo, el Consejo de Europa dictó su Recomendación del Comité de Ministros de 28 de junio de 1985, sobre posición de las víctimas en el Derecho y en el Proceso Penal. La recomendación, basada en la consideración de que hasta el momento los objetivos del sistema penal se habían basado en la relación entre Estado y delincuente, buscaba un trato adecuado, comprensivo y tranquilizador para con la víctima, y se vio complementado por la Recomendación de 17 de septiembre de 1987, relativa a la asistencia a las víctimas y la prevención de la victimización, que tiene por objeto la creación de servicios dirigidos a asistir a las víctimas de delitos en general y de ciertas categorías específicas en particular.

La orientación es acogida igualmente por la Unión Europea, que el 15 de marzo de 2001 aprobó una Decisión Marco que establece la necesidad de armonizar la legislación entre los Estados miembros en lo relativo al estatuto de la víctima en el proceso penal.

No obstante, como se ha dicho, la victimología no solo caminó hacia el reconocimiento de los derechos de la víctima en el proceso y potenciar la organización de servicios de asistencia especializados, sino también hacia la pragmática creación de sistemas estatales de reparación económica de los perjuicios sufridos, pudiéndose destacar las leyes adoptadas al efecto en países como Nueva Zelanda (1963), Inglaterra (1964), California (1965), Nueva York (1966), México (1969), Suecia (1971), Austria (1972), Finlandia (1973), Irlanda (1974), Italia o Holanda (1975), Noruega, Canadá, República Federal de Alemania o Dinamarca (1976), Francia (1978), Bélgica (1985) o España (1995). Debe destacarse también que el Consejo de Europa, habida cuenta la elaboración de estas leyes por diversos estados miembros, estableció el 28 de septiembre de 1977 una resolución en la que identifica los principios en la confección de tales programas de ayudas públicas, los cuales fueron desarrollados posteriormente a través de la Convención Europea sobre compensación a las víctimas de delitos violentos (24 de noviembre de 1983).

VII.2 Concepto de víctima

El tratamiento del papel de la víctima en el proceso penal ha impuesto siempre como cuestión previa la definición del concepto. La “Declaración de la ONU sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder” recoge en su artículo 1º que por “víctima” se entiende “*las personas que hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de los derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los Estados miembros*”. La descriptiva definición engloba pues dos requisitos sustanciales: la existencia de una acción u omisión típica y antijurídica, y la derivación de perjuicio a una o varias personas.

En el mismo sentido se encuentra el artículo 1.A de la Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea, de 15 de marzo de 2001, el cual define a la víctima como “*la persona física que haya sufrido un perjuicio, en especial lesiones físicas o mentales, daños emocionales o un perjuicio económico, directamente causado por un acto u omisión que infrinja la legislación penal de un Estado miembro*”.

El Código Procesal Penal dominicano establece en su artículo 83.I que se considerará víctima “*al ofendido directamente por el hecho punible*”. La definición, coherente en lo esencial con la normativa internacional antes indicada, no coincide en su literalidad con su ámbito de aplicación: a) De un lado, la indicación de *ofendido* hace referencia al sujeto pasivo del hecho punible; a aquella persona titular del bien jurídico protegido que resulta atacado. Es, pues, un concepto más adecuado, que evidencia con rotundidad lo que ha identificado ya la totalidad de la jurisprudencia internacional al extender la acepción de víctima a aquellos supuestos en los que el perjuicio no es realmente material, sino espiritual, y a todos aquellos casos en los que no llega a haber un verdadero perjuicio o menoscabo, como en los supuestos de formas imperfectas de ejecución. b) No obstante, el hecho de que el Código Procesal Penal exija que la ofensa sea “directa” parece restringir el ámbito de aplicación establecido en la legislación internacional, dejando fuera de la acepción a todos aquellos que puedan resultar damnificados como consecuencia de una intervención auxiliadora de la víctima o favorable a la defensa del estado de derecho, lo que obviamente habrá de ser corregido mediante interpretación jurisprudencial extensiva, siendo como es que el artículo 1.2 de la Declaración de la ONU reconoce que en la expresión “víctima

se incluye además a las personas que hayan sufrido daños al intervenir para asistir a la víctima en peligro o para prevenir la victimización”.

Caso: Sobre el reconocimiento de la consideración de víctima.

Objetivo Formativo: Pretende el caso poner en evidencia la limitada acepción de víctima establecida en el CPP, de suerte que pueda considerarse una realidad legislativa distinta y unos principios interpretativos, que permitan redefinir con fundamento la literalidad legal.

Marino consigue sofocar el incendio, sufre quemaduras en su cuerpo que lo imposibilitan para su trabajo habitual durante dos meses, habiendo estado internado en el hospital por tiempo de tres días. Marino pretende su consideración de víctima de la infracción, reclamando una indemnización de 60.000 pesos. La empresa propietaria del camión (Cervezas Presidente) reclama también por los perjuicios ocasionados con ocasión de la baja, así como el importe del extintor.

En otro orden de cosas, resulta evidente que en supuestos de muerte del sujeto pasivo, el perjuicio no se circunscribe al transgredido derecho a la vida de aquel. La acción delictiva entraña un duelo que constituye un perjuicio directo en la psiquis y calidad de vida de muchas otras personas, presuponiéndose ex lege tal aflicción con respecto a quienes estaban unidos con el finado por relaciones personales particularmente intensas. En razón a ello, el Código Procesal Penal añade en su artículo 83.2 que en aquellos hechos punibles que tengan como resultado la muerte del directamente ofendido, tendrán también la consideración de víctima, el cónyuge, conviviente notorio, hijo o padre biológico o adoptivo, parientes dentro del tercer grado de consanguinidad o segundo de afinidad o los herederos.

No puede terminarse el análisis de la acepción jurídica de víctima sin abordar la reflexión de su alcance respecto a las personas jurídicas, pues si bien no existe impedimento ninguno para que estas puedan tener tal consideración cuando sean las titulares de los derechos transgredidos¹, es lo cierto también que existen numerosas realidades delictivas en las que la acción se despliega por quienes ostentan la representación de la persona jurídica, si bien ejecutándose precisamente contra la entidad representada, de suerte que parecen confundirse el lado activo y pasivo de la infracción penal, y de manera que una reparación económica a la entidad colectiva, puede también alcanzar al propio infractor. Es esta realidad la que lleva a que el artículo 83.3 del C.P.P atribuya también la consideración de víctima a los socios, asociados o miembros, respecto de los hechos punibles que afectan a una persona jurídica, cometidos por quienes la dirigen, administran o controlan.

Para todos ellos, el artículo 1.2 de la Declaración de la ONU determina que la consideración de víctima no se pierde cuando no se haya identificado, aprehendido, enjuiciado o condenado al perpetrador.

¹ Esa es la esencia del reconocimiento de una personalidad independiente de la de las personas físicas que la integran y el propio artículo 1 de la Declaración de la ONU admite la consideración de víctima de las personas colectivas.

VII.3 Los daños causados por el delito

Es plural la naturaleza de los perjuicios que para la víctima pueden derivarse de un delito. La clasificación más sencilla de estos menoscabos es aquella que distingue entre el daño psicológico y los perjuicios económicos. No obstante, a estos perjuicios directos vendrán a añadirse los daños procesales, es decir, todas aquellas molestias y quebrantos derivados del manejo del proceso y que han sido agrupados bajo el apelativo de *victimización secundaria*. Un conjunto de males, fundamentalmente psicológicos, que no nacen directamente de la actuación criminal, sino que surgen y se disparan en virtud de la actuación policial y judicial que surge para la represión del delito.

El estudio de estos perjuicios y sus efectos es crucial a la hora de empatizar con la posición de la víctima, constituyendo el paso obligado para sintetizar los principios en veremos.

VII.3.1 El daño psicológico

Las consecuencias que las víctimas suelen considerar más importantes a raíz de la victimización no son las derivadas de los daños físicos o implicaciones patrimoniales del delito, sino aquellas que tienen que ver con el impacto psicológico en la persona que sufre la acción delictiva. La práctica totalidad de los que sufren un delito, aunque éste no haya sido muy grave en términos objetivos, padecen algún tipo de perturbación de carácter psicológico, emocional o en su comportamiento que, si bien no tarda en desaparecer en la mayor parte de las ocasiones, es lo cierto que se vuelve crónico en alrededor de un 20% de las víctimas, causando en ellas algunos cambios duraderos en su personalidad o comportamiento. Lógicamente estos efectos son más frecuentes y graves en los delitos violentos, particularmente en aquellos que atacan la libertad sexual o la integridad física de la víctima, pero han sido documentados en otras figuras delictivas como los delitos contra la propiedad, fundamentalmente en los robos en domicilio, o en defraudaciones de cuello blanco.

La reacción psicológica al delito se explica subdividiendo la pauta general en tres etapas:

- a. *La primera etapa o etapa del shock*: Es una etapa de desorganización. El momento inicial puede tener una duración variable, si bien suele comprender un intervalo de escasas horas después del delito. Se caracteriza por una conmoción posterior al padecimiento del hecho delictivo, que lleva a que la víctima no pueda asimilar los acontecimientos acaecidos. La víctima se siente desorientada, sin saber qué hacer y sin calibrar en su justa medida lo ocurrido. Se puede observar una falta de coherencia en las acciones inmediatamente posteriores a la comisión del delito, así como en la calidad de la información que pueda suministrar en aquel momento a testigos de referencia, policía, ministerio público o al juez. Esta situación debe ser conocida y entendida por quienes en ese momento puedan tomar declaración a la víctima, y esta situación habrá de ser ponderada también en el juicio lógico que pueda hacerse después respecto a la persistencia o volubilidad del relato fáctico que haya hecho la víctima en los distintos momentos del proceso.

- b. Etapa de redefinición cognitivo-conductual: Tiene ésta una duración que va de unas semanas, a los dos o tres meses. Durante este periodo la víctima intenta integrar el suceso en sus esquemas personales, adaptándolo a su escala de valores, consideración de sí mismo y contexto en el que vive. Surge la tristeza, la autocompasión o la rabia, y la víctima -determinada por el miedo o el temor- modifica su libre tendencia, evitando ciertos sitios, aumentando sus medidas de protección etc. En los supuestos de mayor intensidad, el hecho delictivo se convierte en el eje central del comportamiento de la víctima y pueden aparecer perturbaciones del sueño, de la alimentación o ansiedad. En ocasiones este proceso terminará al integrar el delito como un hecho más de la experiencia vital del individuo, sin embargo, en los casos en que esto no ocurra, aparecerá un trauma más o menos intenso o duradero.
- c. *La fase traumática*: No apareciendo siempre, es propia de los delitos más graves contra las personas y, en ocasiones, contra los bienes. Puede venir precedida de un periodo de latencia en el cual se observa una conducta cotidiana normal, o puede ocultarse a la consciencia. Se integra por alteraciones permanentes en la vida cotidiana: como el sueño, la atención, la afectividad o las relaciones sexuales, la capacidad de relacionarse o el aumento de una tendencia a la introspección o al aislamiento. Se pierde la autoestima, nace la desconfianza en los demás, la angustia, los deseos de venganza y pueden aparecer depresiones, ansiedad, fobias y –en los casos más graves- lo que se ha identificado con el término de *síndrome de estrés postraumático*.
- d. *El síndrome de estrés postraumático*: El síndrome no es predicable únicamente de quienes han sido objeto de una acción delictiva, sino que puede aparecer también en quienes hayan sufrido un desastre natural, un accidente o la muerte de un hijo u otro ser querido. En las víctimas de delitos, el estrés postraumático se desarrolla en alrededor del 25% en los casos de delitos violentos, cifra que asciende al 50 o 60 % en el caso de mujeres agredidas sexualmente². Suele consistir en una experiencia persistente del evento, con reacciones asociadas a esta constante presencia. Revivir el acontecimiento en forma de recuerdos involuntarios constantes o de pesadillas que generan un malestar psicológico permanente. Se tiende a la evitación de situaciones que recuerdan o se asocian al acontecimiento traumático, como salir de noche, hablar con desconocidos etc. Suele rechazarse hablar sobre lo ocurrido o admitir conversaciones sobre acontecimientos parecidos. En ocasiones aparecen estallidos agudos de miedo, pánico, cólera o agresividad y no faltan supuestos de sobreactividad reflejada en alteraciones de sueño, dificultades de memoria o reacciones de tipo sexual.

VII.3.2 El daño patrimonial

El perjuicio económico no es considerado como el principal problema derivado del delito para las víctimas. Existen estudios que reflejan que sólo un 20% de las víctimas consideraron que la pérdida económica derivada del delito supuso un verdadero problema³. No obstante, la victimización derivada del perjuicio económico no tiene una relación directa con la naturaleza del delito, sino fundamentalmente con el importe

² Echeburua Odriozola, E. *Repercusiones psicológicas en las víctimas de agresiones sexuales*.

³ Sebba, L. *Third parties. Victims and the Criminal Justice System*, Columbus, 1996.

de lo defraudado y, fundamentalmente, cuando este montante es puesto en relación a los problemas financieros reales que pueden derivarse de lo acontecido. Las franjas de población más humildes, entre las que destacan en ocasiones los ancianos por su incapacidad para ofrecer una resistencia activa o discriminar el ardid, son quienes exigirán un mayor cuidado en aras de minimizar su victimización secundaria.

VII.3.3 La victimización secundaria

Es total el desconocimiento de la víctima sobre el proceso al que se le llama. Desconoce su finalidad, su funcionamiento, las ventajas e inconvenientes que le puede reportar su participación en él. La víctima tiene certeza de lo ocurrido, sin que pueda entender cómo el resto de personas se toman su esfuerzo en escudriñar lo que a él le parece obvio. Ignora la razón de la investigación preliminar. Nadie le explicará la razón de una finalización anticipada del proceso (bien sea por sobreseimiento, bien por principio de oportunidad u otro modo de terminación anormal). Nunca será informado sobre el sentido o significado de las diligencias judiciales en las que interviene, ni porqué habrá de repetir ante el órgano jurisdiccional actuaciones que ya hizo ante la policía o el Ministerio Público. No le informan si su actuación procesal puede implicar un riesgo personal, ni cuáles pueden ser los mecanismos de protección o actuación si se siente perturbado.

La víctima no sólo está desorientada, sino que siendo consciente de que él es el eje central de una actuación estatal que ha comenzado, empieza a percibir que es tratado de forma rutinaria y sin especial atención por los distintos operadores del sistema. Comienza a creer que los encargados de gestionar su caso no trabajan para él, sino que él mismo es quien va entrando al servicio de abogados, jueces o fiscales, sufriendo además múltiples inconvenientes. Nunca se tendrá en cuenta su disponibilidad o sus necesidades para abordar una actuación judicial y para cuando la citación no se adapte a sus momentos de conveniencia, será amenazado con multas o admoniciones de arresto y procesamiento. Si cumple con su deber de colaboración deberá hacerlo en el día y hora que se han considerado oportunos en consideración a la agenda de otros, debiendo soportar él los gastos de transporte, el desorden de organización con relación al cuidado de sus hijos, familiares u obligaciones o actividades cotidianas. Habrá de asumir la pérdida de las ganancias de su trabajo o la obligación de solicitar un permiso laboral que no siempre es bien recibido. Deberá comparecer en un edificio en el que estará desorientado y donde la obtención de información no sólo compromete su timidez, sino que puede ser denegada o prestada de forma agresiva o sarcástica. Se verá obligado a largas esperas para declarar; muchas de ellas rodeado de testigos o familiares del propio inculpado, cuando no por el inculpado mismo o su letrado; todo ello sin que durante la espera haya nadie que parezca estar allí para acudir en su defensa o protección. A veces su esfuerzo de acudir al juzgado y esta violenta espera puede terminar; no con la realización del acto judicial, sino con su suspensión y posposición; viéndose obligado a reiterar su perjuicio sin explicación ninguna o porque otro no ha acudido. En las declaraciones, muchas de sus acusaciones habrán de hacerse ante la persona del agresor y quienes le acompañen. Las partes se interesarán además, en público, de aspectos de su vida privada que preferiría mantener bajo reserva, y no faltarán casos en los que habrá de verse sometido a indecorosas exploraciones forenses, cuyos resultados serán además expuestos en la vista oral ante todo el público que desee asistir y antes sus familiares más íntimos. Toda esta presión resultará atroz cuando la víctima es un niño y particularmente inabordable cuando el testimonio infantil sobre una agresión sexual vaya a truncar la vida de pareja de su madre y llevar a su padre a la cárcel de forma inmediata y durante

muchos años. En toda esta situación, los comentarios desconsiderados de un juez al que la víctima veía como último garante de sus derechos, pueden resultar devastadores.

La víctima siente así que se le ha expropiado el conflicto y que este es gestionado por el Estado y las partes para sus propios fines, convirtiéndose él en un mero instrumento para los particulares intereses de cada uno de ellos. La persecución del autor se ha tornado prioritaria para el Estado, desapareciendo el interés por la víctima, al tiempo que resulta sustituido por un ostentoso interés por la respuesta punitiva. La herida se torna sangrante cuando la víctima contrasta la atención que él suscita, con la garantía plena e inquebrantable de los derechos del inculpado: de su derecho de defensa, de la protección de su libertad individual, de su derecho a un juicio justo, de su presunción de inocencia, de la legalidad de las pruebas, de su dignidad en el trato e incluso de su derecho a la tranquilidad y descanso en sus declaraciones; todo ello sin que nadie le explique que la inobservancia de estas garantías puede hacer inútil el esfuerzo procesal y sin que nadie le haga ver cómo la presunción de inocencia no es incompatible con unos indicios serios y firmes de responsabilidad criminal que justifican la continuación del proceso punitivo.

Si a todo esto se añade la necesidad de aumentar la productividad del sistema judicial ante una realidad delictiva en permanente aumento, nos encontraremos con que las exigencias de coordinación, rapidez y eficacia terminan por generar una despersonalización e *industrialización* del proceso que aleja definitivamente la última esperanza que tiene el damnificado de que el sistema judicial pueda satisfacer su desagravio y recomponer su aflicción.

Todos estos perjuicios y esfuerzos procesales es lo que se ha venido en llamar la victimización secundaria, que presenta implicaciones perjudiciales de forma doble: 1. Con relación a la víctima, por cuanto el tratamiento descrito potencia los negativos sentimientos o el trauma sufrido por la victimización primaria y 2. Con relación al sistema punitivo, puesto que producirá reticencias en los ciudadanos a colaborar con él, perdiendo así el sistema penal parte de su eficacia.

El instrumento que puede remediar esta victimización no es otro que mejorar el trato que los distintos operadores que intervienen en el proceso penal durante todas sus fases dispensan a la víctima. Un trato orientado al acercamiento y que pasará esencialmente por:

- a.** Empatía serena con la víctima, evitando actuaciones compasivas.
- b.** Informar a la víctima sobre los derechos que le conciernen en el seno del proceso.
- c.** Informarle sobre la razón de ser de las garantías del inculpado, haciéndole ver que no entrañan una renuncia a conseguir la reacción punitiva del estado contra los responsables penales.
- d.** Prestar protección a la víctima, considerando su situación real a la hora de adoptar las medidas cautelares.
- e.** Respeto en los interrogatorios a su situación personal, considerando sus conveniencias cuando pueda hacerse y minimizando su número en la medida de lo posible, además de explicar la razón de ser de cada interrogatorio.

- f. Disminución del estrés en los interrogatorios, facilitando un marco separado (espacial, temporal o de contacto visual) con relación al inculpado o quienes actúan en su interés.
- g. Respeto de los derechos, de la consideración y de la dignidad de la víctima.
- h. Informar a la víctima sobre las posibilidades de ayuda público asistencial.
- i. Buscar espacios en los que pueda visualizar un tratamiento preferencial en su favor, sin que se comprometan los derechos del inculpado.

Caso: Sobre las situaciones en las que puede asentarse la victimización secundaria.

Objetivo: Establecer una reflexión práctica sobre las actuaciones procesales que pueden entrañar un perjuicio o situación aflictiva para la víctima, así como las pautas de comportamiento procesal que puedan conjurarlos sin grandes dificultades.

Reclamación de actividad: El docente, antes de iniciar la exposición del tema, deberá pedir a los discentes la elaboración en paralelo de las situaciones procesales ordinarias que suponen una molestia profunda para la víctima y su consideración y la manera de evitar cada una de ellas.

VII.4 Principios generales de la victimología

La realidad expuesta permite configurar una serie de principios generales en materia de victimología que eran ya recogidos en la Declaración de la ONU sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas.

VII.4.1 Principios reguladores del acceso a la justicia y al trato justo

a. Principio de respeto

Constituye el principio fundamental de la función de administrar justicia. El principio *pro hominis*, que en materia procesal debe llevar no sólo a que la interpretación del derecho se aleje de licencias que den permisividad al juez para aplicar criterios ajenos a la naturaleza humana, sino que ha de ser el eje central de un comportamiento en el que la cortesía procesal consista en una real consideración del padecimiento sufrido por la víctima, siendo como es que dicho padecimiento está proscrito por la ley penal por haber sido definido por la sociedad como un padecimiento inadmisibles a todas luces. Es precisamente el principio de intervención mínima el

que define a la víctima penal como aquella que ha sufrido las transgresiones más inadmisibles para el grupo social, de suerte que una mínima idea de equidad ha de permitir visionar a la víctima como un sujeto merecedor del máximo respeto y consideración, justificándose la máxima atención y deferencia en su favor.

b. Principio de acceso a la justicia

Si desde el origen del Estado se proscribió la venganza privada, asignándose a uno de los órganos de la estructura gubernamental la función de administrar justicia en nombre del Estado, ha de admitirse la correlativa elaboración de mecanismos para que los ciudadanos obtengan la tutela estatal en la protección de sus derechos subjetivos reconocidos por el ordenamiento jurídico. La exigencia no sólo entrañará el establecimiento de estos recursos de acceso del ciudadano a la justicia, sino que ha de comportar en el poder judicial una disposición a facilitar dicho acceso, de suerte que la viabilidad no sea meramente formal y aparente, sino una posibilidad efectiva y práctica, en la que la interpretación sea favorable, no ya que prospere su acción, pero sí a la plena posibilidad de su ejercicio, con una interpretación restrictiva de aquellas formalidades que puedan dificultarla o malograrla.

c. Principio de Información a la víctima de sus derechos y garantías procesales

Consecuencia directa del principio de acceso real y operativo a la justicia y del respeto de su posición, está el derecho a que la víctima –normalmente legada en derecho- sea informada de los derechos y garantías procesales que le asisten. La Declaración de la ONU sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas recomienda a los Estados miembros el establecimiento y reforzamiento de mecanismos judiciales y administrativos que permitan que la víctima pueda llegar a conocer su papel y cuál será el desarrollo cronológico de las actuaciones.

d. Principio del derecho a ser oído

La víctima tiene derecho a ser oída en el proceso. Ello determina que la Declaración recoja que las opiniones y preocupaciones de las víctimas deban ser presentadas y examinadas en las etapas apropiadas de las actuaciones, siempre que estén en juego sus intereses, y siempre y cuando se hagan con el debido respeto al resto de partes procesales. Tal principio de audiencia –como se verá- tiene amplia acogida en el Código Procesal Penal dominicano, debiendo velar sus operadores jurídicos por que la previsión legal sea una vez más real y operativa y no quede reducida a meros momentos procesales en los que de forma estereotipada se haga constar una manifestación de estilo atribuible al sentir general de los damnificados. El proceso debe dejar cabida a que la víctima manifieste su opinión en consideración a su vivencia personal y única del delito cometido, de las consecuencias que reportarán en su futuro y de la satisfacción que pueda brindarle o no la respuesta procesal iniciada. El Juez podrá después desatender tal consideración, si bien sobre la base de un juicio exteriorizable que ponga en evidencia su legalidad y conveniencia.

e. Principio de protección a la intimidad

La Declaración dispone que los Estados miembros adoptarán medidas para minimizar las molestias causadas a las víctimas, protegiendo su intimidad y garantizando su seguridad y la de sus familiares de toda intimidación o represalia. El principio, una vez más, tiene reflejo en el Código

Procesal Penal, si bien su administración por los jueces deberá realizarse en la reflexión de que tales mecanismos de salvaguarda a la víctima, son tan importantes como el derecho de defensa del inculpado o la propia publicidad del proceso, de suerte que habrá de ser sesuda y acertada cualquier decisión relativa a la pertinencia de determinadas preguntas o respecto a la celebración del juicio a puerta cerrada, sin que el recelo por no contravenir el derecho de defensa pueda llevar a una complaciente admisión de todo lo pretendido por la defensa, con quebranto a los derechos y la consideración que la intimidad de la víctima merece.

f. Principio de celeridad

El derecho a que la administración de justicia evite demoras innecesarias no sólo es un derecho que juega a favor del inculpado, cuya presunción de inocencia se cuestiona a través del proceso, sino que está también establecido a favor de la propia víctima, de suerte que el ejercicio de la acción penal debe caminar con igual diligencia hacia la punición del responsable y consecuente satisfacción y reparación de la víctima en aquellos casos en los que la responsabilidad criminal se define procedente.

g. Principio de mediación y conciliación

La propia Declaración de la ONU establece que se utilizarán, cuando proceda, mecanismos oficiosos de solución de las controversias, incluidos la mediación, el arbitraje y las practicas de justicias consuetudinarias o autóctonas, a fin de facilitar la conciliación y la reparación a favor de las víctimas.

2.4.2. Principios reguladores del resarcimiento

a. Principio del resarcimiento equitativo

Los responsables de un delito y los terceros responsables de la conducta de aquel, deben resarcir equitativamente a las víctimas, sus familiares o personas a su cargo. Este resarcimiento comprenderá la devolución de los bienes o el pago por los daños y perjuicios sufridos, así como el reembolso de los gastos realizados como consecuencia de la victimización, incluyendo los de prestación de servicios y la rehabilitación de sus derechos.

Este resarcimiento integral englobará, además, delitos que afectan a los intereses generales como el medio ambiente, y en la medida de lo posible, la rehabilitación del medio ambiente, la reconstrucción de las infraestructuras dañadas, la reposición de las instalaciones comunitarias o el reembolso de los gastos de reubicación cuando estos daños causen el desplazamiento de la comunidad.

La cuantía indemnizatoria, como deuda de valor que es, debe estar actualizada al poder adquisitivo imperante al momento de su satisfacción.

b. Principio de resarcimiento rápido

Si bien la celeridad en la plena y definitiva reparación es una exigencia que se integra en el principio de celeridad que impera con relación a la totalidad del proceso, es lo cierto que la reparación de los perjuicios presenta una serie de peculiaridades que permiten definir para ella un régimen jurídico particular. Mientras el pronunciamiento definitivo no llegue, el perjudicado tiene derecho a que se produzca sin demora la devolución provisional –como mero depositario– de los efectos del delito a los que tenga derecho, así como –cuando proceda– a que se aborde una reparación económica provisional que le permita hacer frente a sus necesidades más perentorias durante la sustanciación del proceso.

c. Principio de resarcimiento posible y subsidiariedad

Sostiene la Declaración que los gobiernos revisarán sus prácticas, reglamentaciones y leyes de modo que se considere el resarcimiento como una sentencia posible de los casos penales, además de otras sanciones penales. La prescripción, directamente orientada al aseguramiento cautelar y a la reparación subsidiaria, no deja de lado aquellos supuestos en los que la ley penal haya sido violentada por funcionarios públicos u otros agentes que actúen a título oficial, en cuyo caso las víctimas habrán de ser resarcidas por el Estado; sin perjuicio de aquellos otros supuestos en los que el Estado, por un mero principio de solidaridad, aborda (normalmente sólo con relación a los delitos más graves) una compensación económica a favor de la víctima.

VII.4.3 Principios reguladores de la asistencia integral

a. Principio de asistencia integral

El Estado debe instar e incentivar la asistencia integral de la víctima del delito, lo cual significa que tanto las autoridades nacionales como los particulares que estén en condiciones de prestar asistencia a la víctima, deberán proporcionarla por interés colectivo. Por ello la Declaración de la ONU dispone que las víctimas deben recibir la asistencia material, médica, psicológica y social que sea necesaria por conducto de los medios gubernamentales o voluntarios, comunitarios y autóctonos y que, para tal efecto, se informará a las víctimas de la disponibilidad de servicios sanitarios y sociales y demás asistencia pertinente, y se facilitará su acceso a ellos.

b. Principio de solidaridad.

Si la indemnización es una obligación del actor del delito, la asistencia a la víctima responde al principio ético y cristiano de solidaridad humana. Es un deber cívico de todo hombre o mujer que esté en condiciones de hacerlo, el asistir al necesitado. Por ello, la Declaración de la ONU dispone que se proporcionará al personal de policía, de justicia, de servicios sociales y demás personal interesado, una capacitación que lo haga receptivo a las necesidades de las víctimas; habiendo de cumplir tal exigencia los cursos que ahora abordamos con ocasión de la implementación del Código Procesal Penal.

VII.5 Derecho de la víctima a impetrar justicia

La víctima de cualquier delito tiene derecho a pedir la intervención del sistema judicial, pretendiendo así la satisfacción de sus objetivos reparatorios y vindicativos. Esta pretensión de reacción ante el delito puede canalizarse de dos maneras: 1. mediante la presentación de denuncia y 2. a través de la interposición de querrela; siendo la diferencia esencial entre ambas que mediante la primera lo que se hace es poner en conocimiento del ministerio público la realidad de unos hechos considerados por el denunciante como infracción penal, mientras que en la segunda el querellante no sólo participa en unos hechos que tiene por delictivos, sino que manifiesta al tiempo su voluntad de constituirse en parte acusadora en el proceso penal que por los mismos pudiera llegar a incoarse.

La manera en que la víctima pretende el proceso penal a través de la querrela y participa en él, será objeto de análisis en el epígrafe posterior. Procede ahora, en consonancia, analizar el modo en el que la víctima interesa el inicio del proceso punitivo a través de la denuncia de los hechos, debiéndose tener en cuenta que –a diferencia de la querrela, en los términos que veremos– la facultad de denunciar no es exclusiva de la víctima, sino que se ofrece como una potestad reconocida a cualquier persona, sin que se precise siquiera la capacidad de obrar; razón por la cual el artículo 262 del C.P.P no sólo dispone que *“toda persona que tenga conocimiento de una infracción de acción pública puede denunciarla...”*, sino que añade que *“cuando la denuncia es presentada por un menor de edad, el funcionario que la recibe está obligado a convocar a los padres o tutores o persona mayor de edad de su confianza”*.

La denuncia es esencialmente una declaración de conocimiento. El artículo 263.2 del C.P.P dispone que la denuncia contenga, en lo posible, el relato circunstanciado del hecho, con indicación de los autores y cómplices, perjudicados, testigos y demás elementos probatorios que puedan conducir a su comprobación y calificación penal. No obstante, excepcionalmente, la denuncia es también una declaración de voluntad, en la medida en que evidencia el interés de la víctima por la persecución de algunos delitos (los privados o los públicos sometidos a denuncia privada) que de otro modo no serían susceptibles de persecución.

La importancia en la práctica de la denuncia es crucial, pues resulta ser el medio por el cual el sistema penal conoce prácticamente la totalidad de los hechos delictivos. Según la oficina de estadísticas judiciales de los EE.UU., el 97% de las investigaciones criminales de la policía resultan de las notificaciones de los ciudadanos y 60% de estas provienen de las víctimas. En consecuencia, sin la colaboración de los particulares en general, y de las víctimas en particular, la inmensa mayoría de los crimines perseguibles por acción pública quedarían impunes, quedando también impunes todos aquellos que son de acción privada o de acción pública a instancia privada. Así pues, una generalizada falta de denuncia tendría efectos en la prevención especial (los potenciales delincuentes se verían más inclinados a la comisión de hechos penados en la ley si pensaran que no se producirá ninguna denuncia) y en la prevención general (los valores preventivos generales del derecho penal se desdibujarían ante una sensación de impunidad generalizada), razón esta que justifica el estudio de cuáles pueden ser las causas que pueden llevar a que las víctimas presenten o no denuncia por los hechos padecidos:

Es este aspecto es tremendamente relevante el que en el actual esquema procesal, la interposición de denuncia no sea una obligación, sino un derecho; quedando limitado el carácter forzoso para delitos sometidos a acción pública y únicamente respecto a los funcionarios; a los médicos, farmacéuticos, enfermeros y demás personas que ejerzan cualquier rama de las ciencias médicas y a los contadores públicos autorizados y los notarios públicos, respecto de las infracciones que afecten el patrimonio o ingresos públicos (art. 264 C.PP).

Esta concepción como derecho determina que la decisión de denunciar dependa únicamente de la percepción que tenga la víctima sobre la utilidad que le puede reportar una u otra opción. Percepción que se conformará a través de:

- a. *Las características del delito.* Cuanto más grave es el delito, mayor es la tendencia a la presentación de denuncia. No obstante, no es la gravedad en sí misma la que puede llevar a asumir esta actuación, sino el interés que tiene el denunciante –particularmente la víctima- en que se inicie el proceso penal. Este interés responderá a 1) la pretensión que tenga de conseguir una satisfacción frente a la comisión delictiva, 2) la búsqueda que haga de un alivio o tranquilidad psicológica en la retribución punitiva al ofensor, 3) su necesidad de protección frente a una posible repetición del ataque sufrido, 4) su voluntad de obtener una satisfacción económica, que si bien será inalcanzable en los casos de delincuencia común, puede tener una gran virtualidad en los casos de delitos imprudentes o delitos económicos. 5) la necesidad de satisfacer intereses posteriores, como la necesidad de denunciar para pretender la reparación por la entidad aseguradora. No obstante, son las propias circunstancias que rodean al delito las que en ocasiones desaconsejan denunciar, como es el caso de la especial relación que se tenga con el autor o cuando el delito no deja vestigios objetivos de suerte que el denunciante no cuenta con otra prueba que su propia aseveración o incluso cuando la víctima no es consciente de la realidad delictiva, como sería el caso de violaciones en el seno del matrimonio o delitos contra los consumidores.
- b. *Las perspectivas sociales.* Los estudios victimológicos⁴ han demostrado que las capas altas de la sociedad son más propensas a la presentación de denuncias, por tener una mayor confianza en la policía y en el sistema en general, mientras que las capas más deprimidas de la sociedad, influidas por una visión negativa del sistema, prefieren remitir los conflictos que surjan en su seno a medios de resolución propios.
- c. *La situación psicológica subsiguiente a la victimización.* Una consideración de correcto funcionamiento de la administración de justicia, facilita que la ciudadanía se muestre favorable a colaborar con ella. Ello exige que se perciba que el trato con el inculpa-do es adecuado, justo y proporcionado; pero además es necesario que se perciba que la justicia es eficaz, en el sentido de aportar el aspecto retributivo que la pena comporta. Por otro lado, es evidente que influirá también el trato que se facilite durante el proceso al denunciante-testigo o la víctima-denunciante, de manera que la victimización secundaria es disuasión crucial en cuanto a la presentación de denuncias. Todas estas circunstancias se ven influidas por el hecho de que la víctima no toma la decisión basándose únicamente en las experiencias propias, sino de manera muy

4 Sangrador, J.L.: "La victimología y el sistema jurídico penal", en *Psicología social y sistema penal*, Madrid, 1986.

acusada por las percepciones o juicios generalizados y por aquellos de las personas de su ámbito de mayor confianza.

Conocer esta realidad es importante a la hora de prestar la protección que la víctima reclama, evitar la victimización secundaria que mina al sistema o desplegar la imagen que se percibirá como adecuada por la ciudadanía, lo que tendrá una crucial trascendencia ante la denuncia de hechos futuros y –consecuentemente– para la política criminal de un país.

No puede terminarse este análisis sin hacer una mínima referencia a la forma en la que denuncia ha de presentarse:

1. El artículo 262 del C.PP establece que la denuncia habrá de presentarse ante el ministerio público, la policía o cualquier otra agencia ejecutiva que realice actividades auxiliares de investigación. La prescripción legal no especifica la obligatoriedad de hacerlo en el territorio en el que radique el órgano competente para la instrucción penal, de suerte que la denuncia podrá cursarse en cualquier lugar del territorio nacional, habiendo de ser canalizada después por los órganos administrativos correspondientes hacia el lugar donde hayan de ser investigados los hechos referidos en la denuncia. Ello configura al lugar de presentación de la denuncia como un lugar de libre elección del denunciante, sin que el hecho de que este opte por un territorio ajeno a la comisión de los hechos, deba condicionar la calidad del trato o de la información que más tarde veremos.
2. En cuanto a la forma, el artículo 263 del C.PP establece que la denuncia puede ser presentada de forma oral u escrita. Nuevamente la opción por una u otra forma corresponde al denunciante, sin que pueda imponerse la recepción en una determinada forma –la práctica suele imponer la escrita– cuando la ley no ha establecido esa limitación. Ciertamente es que en ocasiones un servicio administrativo saturado puede llevar a pedir al compareciente la redacción de su reclamación. La solución funcional puede no rechazarse de pleno, si bien se debe ser consciente que no puede imponerse y que habrá de ponderarse la capacidad real del denunciante, no sólo de escribir un texto, sino de estructurar su escrito y sintetizar en él aquello que puede tener interés jurídico-penal.
3. El artículo 263 impone además que la denuncia se presente personalmente o por mandatario con poder especial. La exigencia de denuncia personal impondrá a quien reciba la denuncia a identificar a la persona denunciante como aquella que manifiesta ser; lo que se hará con exhibición de cédula identificativa en el momento de la presentación o mediante citación al firmante para abordar esa identificación cuando la denuncia se reciba por escrito remitido por correo. La exigencia de poder especial impone un apoderamiento concreto para denunciar unos hechos específicos en nombre del poderdante.

Esta obligación es coherente con la exigencia de responsabilidades al denunciante en la eventualidad de que la denuncia se muestre falsa o se haya abordado con temerario desprecio a la verdad, si bien la inobservancia de la exigencia no puede nunca conducir a la desatención de lo denunciado, sino a la subsanación del defecto formal.

4. El artículo 263 culmina indicando que “*el funcionario que la recibe comprueba y deja constancia de la identidad y domicilio del denunciante*”. La redacción plantea dos cuestiones prácticas íntimamente relacionadas:
- a. *¿Cabe la denuncia anónima?* La cuestión se suscita por ser conscientes que detrás del velo del anonimato pueden esconderse intereses espurios encaminados al descrédito del denunciado. En este sentido, la obligatoriedad de identificación fijada en el artículo 263 sugiere una respuesta negativa, no obstante, el hecho de que el artículo 273 preceptúe la obligación de actuar en todo caso, estableciendo la salvedad de tener que *confirmar la información cuando esta provenga de fuente no identificada*, pone en evidencia la validez y eficacia operativa de la denuncia anónima. En este sentido debe destacarse que el TCE (Stcias. 135/89 y 41/98) han venido a admitir la denuncia anónima como medio de inicio del proceso penal (incluidas las noticias de prensa), si bien destacando que las mismas no pueden dar lugar a actuación ninguna respecto del denunciado sin previa comprobación de la realidad de los hechos.
 - b. Admitiéndose la denuncia anónima, ¿puede el receptor de la denuncia verbal amparar bajo el anonimato al denunciante, sin identificarlo? El perjuicio que puede derivarse contra las personas como consecuencia del mero inicio de la investigación, justifica la exigencia de responsabilidad a aquellos que instrumentalizan el proceso con temerario desprecio a la verdad. Esa realidad es la base de la exigencia de identificación del denunciante, sin que deba abordarse la práctica forense de disculpar lo que la ley exige, sin perjuicio de abordar los sistemas de protección y tutela que el ordenamiento jurídico facilita con relación a denunciantes o testigos cuya actuación pueda colocarles en situaciones de riesgo y que más tarde veremos.

VII.6 La intervención de la víctima como parte del proceso penal

La querrela, como se ha dicho, es el acto procesal mediante el cual se pone en conocimiento del Ministerio Público la realidad de unos hechos que se considera que pueden ser constitutivos de infracción penal, al tiempo que se manifiesta la voluntad del querellante de constituirse en parte en el proceso penal que pudiera llegar a iniciarse.

Es precisamente este segundo efecto el esencial de la querrela, razón por la cual:

- a. A diferencia de la denuncia cuyo acceso está generalizado a cualquier persona, la querrela queda reservada a la víctima o su representante legal, únicos legitimados por el ordenamiento jurídico para la personación en autos en el lado activo del procedimiento (art. 85 CPP).
- b. En aquellos supuestos en los que el proceso penal ya ha sido iniciado, la manera de constituirse en parte la víctima es también mediante la querrela. Así se establece en el artículo 267 del CPP, en el que se especifica que “*la querrela es el acto por el cual*

las personas autorizadas por este código promueven el proceso penal por acción pública o solicitan intervenir en el proceso ya iniciado por el Ministerio Público”.

- c.** El tratamiento que tendrá la víctima en el proceso, como consecuencia de la interposición de la correspondiente querrela, será el propio de cualquier parte procesal (art. 12 CPP), pudiendo proponer diligencias de investigación, participar en la realización de cualquier acto procesal o quedar facultada para ejercer la acusación en los términos fijados por la ley para las partes, así como impugnar las resoluciones que siendo contrarias a sus pretensiones procesales, entienda que no son ajustadas a derecho⁵. El análisis concreto de sus posibilidades como parte no corresponde al presente módulo, no obstante, conviene resaltar aquí las especificidades propias de su régimen jurídico de parte:
- 1.** La constitución de la víctima en parte a través de la interposición de querrela, puede ser:
 - a.** *Ejerciendo la acción penal, así como la acción civil acumulada.* En tal sentido, no sólo el artículo 85 faculta a la víctima al ejercicio de la acción penal, sino que el artículo 50 del CPP faculta que la acción civil se ejercite conjuntamente con la acción penal.
 - b.** *Ejerciendo la acción penal y reservándose la acción civil para un ejercicio posterior y separado.* Así se deriva del indicado artículo 85 del CPP, puesto en relación con que el artículo 50 del CPP permite ejercer la acción civil separadamente ante los tribunales civiles, bien reservándose inicialmente su ejercicio, bien desistiendo la ejercida inicialmente para reiniciarla posteriormente ante la jurisdicción ordinaria.
 - c.** *Ejerciendo en la vía penal, únicamente la acción civil acumulada.* Es decir, constituyéndose la víctima no como acusación particular, sino como mero acto civil, indicándose al efecto en el artículo 50 que *“la acción civil para el resarcimiento de los daños y perjuicios causados o para la restitución del objeto materia del hecho punible puede ser ejercida por todos aquellos que han sufrido por consecuencia de este daño, sus herederos y sus legatarios, contra el imputado y el civilmente responsable”*. No obstante, en estos casos no nos encontraríamos ante la interposición de querrela en sentido estricto, sino que bastaría la interposición de una demanda resarcitoria, tal y como preceptúa el artículo 118 y 119 del CPP.
 - 2.** La víctima que se constituya en parte, con independencia de cuál sea la acción que ejercite, deberá estar asistida de abogado, tal y como preceptúa el artículo 86 del CPP.
 - 3.** Si fueren varios los querellantes, deben actuar bajo la representación común de no más de dos abogados, los que pueden ser designados de oficio por el juez o tribunal en caso de que no se produzca acuerdo. La previsión legal parece resolver la cuestión de la determinación de los profesionales, no obstante, no parece que pueda tener virtualidad en cuanto a la exigencia de una postulación única sin quebranto del derecho

⁵ El propio artículo 167 establece sanción de nulidad por la preterición de las partes en los actos procesales, cuando de ello se derive indefensión.

de defensa, en aquellos supuestos en los que los intereses de los distintos querellantes son incompatibles, contradictorios o representan y exigen estrategias procesales no coincidentes (**meter la sentencia del TCE**).

4. En aquellos casos en los que los hechos punibles afecten a intereses colectivos o difusos, la interposición de querrela como perjudicados, bien sea en ejercicio de acciones penales, bien en ejercicio de acciones civiles o de ambas, corresponderá también a las asociaciones, fundaciones y otros entes, siempre que el objeto de la agrupación esté vinculado directamente con esos intereses y se hayan incorporado con anterioridad al hecho (así se establece en el artículo 85 CPP con relación al ejercicio de la acción penal y en el artículo 51 para los perjuicios económicos derivados de la acción delictiva).
5. La víctima puede delegar la acción para ejercitar la querrela a una organización no gubernamental, tanto para el ejercicio de acciones penales (art. 86 CPP), como para el ejercicio de acciones civiles (art. 52 CPP). Será requisito para ello: 1) que los objetivos de la organización gubernamental se vinculen directamente con los de la víctima y 2) que carezca de recursos y le delegue su ejercicio o que sea incapaz de hacer valer sus derechos y no tenga quien le represente, sin perjuicio de la intervención que haga el Sistema Nacional de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, cuando corresponda.
6. En las infracciones de acción penal privada, la víctima es la única que podrá presentar su acusación, por sí o por apoderado especial, en la forma expresada en el artículo 359 y concordantes del CPP.
7. A solicitud de la víctima, el ministerio público puede autorizar la conversión de la acción pública en privada, si no existe un interés público gravemente comprometido, en los siguientes casos indicados en el artículo 33 del CPP.

VII.7 La intervención en el desarrollo del proceso de la víctima no constituida en parte

VII.7.1 Introducción

Como se ha indicado, la relación entre el sistema penal y la víctima es una relación bidireccional, en la que la víctima necesita del sistema penal para cumplir sus objetivos reparatorios y vindicativos, y en la que el sistema punitivo precisa de la víctima para cumplir los suyos de persecución de los delitos. No obstante, el modo en que cada uno busca la satisfacción de sus intereses no es normalmente coincidente. La víctima espera que el sistema penal se ponga a su servicio, mientras que la justicia criminal reclama ciegamente en la víctima un colaborador eficaz en el logro de sus propios fines.

Esta tradicional diferencia de perspectivas es fuente de diversos conflictos, y ha sido la base para tomar conciencia de la consideración especial que ha de suscitar la víctima, en respuesta precisamente al papel de colaboración que de ella se pretende y en deferencia al ilegal ataque

que ha soportado. El movimiento internacional reflejado en la “*Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de los Delitos y del Abuso de Poder*”, tiene plena acogida en el nuevo texto del Código Procesal Penal, en el cual –como dice su propia exposición de motivos– la víctima abandona su rol de “*convidado de piedra*” y pasa a ser un actor importante del escenario judicial, dándose entrada a la consideración de sus intereses, aún cuando no se haya constituido en parte del proceso y haya adoptado únicamente el papel de denunciante o, incluso, cuando su posición de damnificado se evidencie tras la denuncia presentada por otros.

VII.7.2 Derecho de la víctima a la información

Al igual que se afirma que la información es poder, puede aseverarse que eludir la información sobre determinados objetos es una desconsideración para con aquellos de quienes se sabe que tienen un interés sobre los mismos.

Pretender afirmar que el proceso penal no sólo considera el interés general de respeto por la norma, sino que además aspira a proporcionar una especial satisfacción de los perjuicios sufridos por la víctima, y ocultar al tiempo al perjudicado lo que se hace en el proceso, desconsiderando su opinión y abandonándolo a su suerte en cuanto a la superación de los padecimientos personales y patrimoniales derivados de la infracción, es un contrasentido tal, que motiva que todo texto regulador de los derechos de la víctima deba hacerse especial eco de la obligación de informar a los perjudicados por el delito.

- a. En este sentido, el artículo 6 de la “*Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder*” (DPFJV) impone la necesidad de que las leyes nacionales adecuen los procedimientos judiciales y administrativos a las necesidades de las víctimas, incluyendo en esa adecuación la necesidad de que las víctimas sean informadas de cuál es su papel y el alcance del mismo, así como del desarrollo cronológico de las actuaciones, de su marcha concreta y particularmente de la decisión de sus causas.

La información no sólo ha de ser una información de consecuencias, sino de ejercicio, de suerte que el inciso último del artículo 5 preceptúa que “*se informará a las víctimas de sus derechos para obtener reparación mediante esos mecanismos (procedimientos oficiales u oficiosos que sean expeditos, justos, poco costosos y accesibles)*”.

- b. Esta obligación de información es igualmente recogida en el artículo 4 de la Decisión Marco del Consejo de las Comunidades Europeas, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal (DMEV), de 15 de marzo de 2001. La mayor modernidad de la Decisión Marco motiva un mayor nivel de concreción, estableciéndose que esta información ha de tener lugar con respecto a tres momentos fundamentalmente sensibles en la vida del procedimiento: 1. el momento de la denuncia, por ser aquel en el que es mayor la necesidad de conocimientos básicos de los derechos con que el ciudadano cuenta; 2. Durante el seguimiento del proceso, objeto esencial del derecho de información y 3. Respecto de la sentencia, por ser esta la resolución definitiva sobre el objeto del proceso y, por tanto, donde se condensa la respuesta a las expectativas de la víctima.

- b.1.** *Con relación al momento de la denuncia:* El artículo 4.1 de la DMEV dispone que los Estados miembros han de garantizar que la víctima tenga acceso, en particular desde el primer contacto con las autoridades policiales, a toda la información pertinente para la protección de sus intereses, la cual incluirá como mínimo: a) los servicios u organizaciones a los que puede dirigirse para obtener apoyo; b) el tipo de apoyo que puede recibir; c) el lugar y el modo en que puede presentar una denuncia; d) las actuaciones subsiguientes a la denuncia y su papel respecto de aquéllas; e) El modo y las condiciones en que podrá obtener protección; f) cuándo y cómo puede acceder a asesoramiento jurídico, asistencia jurídica gratuita y otro tipo de asesoramiento; g) los requisitos para tener derecho a una indemnización; h) si reside en otro Estado, los mecanismos especiales de defensa de sus derechos que puede utilizar.
- b.2.** *Durante el seguimiento del proceso:* El artículo 4.2 del mismo texto garantiza que los Estados miembros aseguren que la víctima sea informada: a) del curso dado a su denuncia y b) de los elementos pertinentes que le permitan conocer el desarrollo del enjuiciamiento, salvo que pueda afectar al desarrollo de la causa. Añade además el artículo 4.3 que los Estados garantizarán, al menos en el caso de que pueda existir un riesgo para la víctima, que en el momento de la puesta en libertad de la persona inculpada o condena por la infracción, se puede decidir informar de ello a la víctima. No obstante, toda esta información relativa al seguimiento del proceso no se proporcionará en aquellos supuestos en los que la víctima opte por no recibirla.
- b.3.** *Con relación a la sentencia:* El artículo 4.2 impone la información sobre la sentencia y el 4.3 la información de la posible notificación de la libertad del condenado, salvo que se renuncie a este derecho.
- c.** El Código Procesal Penal de la República Dominicana, en coherencia con las exigencias internacionales inicialmente expuestas, dispone en su artículo 27 que “*La víctima tiene derecho a intervenir en el procedimiento penal y a ser informada de sus resultados en la forma prevista por este código*”. Es pues este un precepto en el que se reconoce el derecho a la información, no obstante, se trata de una norma en la que sólo parece imponerse la información relativa al modo del culminación del proceso, siendo como es que el texto procesal tiene un compromiso mayor –pero insuficiente– con las necesidades de conocimiento de los perjudicados por el delito.

Los supuestos específicos en los que el Código Procesal Penal impone la información a la víctima son los siguientes:

- 1.** Deber de informarle de los resultados finales del procedimiento (art. 27, así como el propio artículo 84.6), con independencia del sentido de la resolución definitiva,
- 2.** La obligación es extensible a aquellos casos en los que el procedimiento termina por decisión del Ministerio Público. En tal sentido:

- a. El artículo 282 dispone que cuando el fiscal pretenda disponer el archivo por considerar irresponsable al autor, o por entender que no existen indicios suficientes de criminalidad, deberá participarlo a la víctima que haya solicitado ser informada, a fin de que esta manifieste si tiene objeción al respecto.
- b. El artículo 35 entraña implícitamente la obligación de informarle de la decisión del ministerio público de aplicar o negar un criterio de oportunidad, única forma de que no sea meramente formal la posibilidad de objeción que le reconoce el mencionado precepto.
- c. Deber de informarle del escrito de acusación cuando haya pedido ser informado de los resultados del procedimiento, a fin de que la víctima pueda manifestar si pretende presentar acusación o adherirse a la ya planteada por el ministerio público (art. 296).

Deber de informarle de cuándo el ejercicio de un derecho está sujeto a un plazo o condición (art. 142.3 C.PP), lo que tendrá especial trascendencia respecto a la información de los recursos procedentes y sus plazos en aquellos casos en los que se faculta a la víctima a recurrir la decisión judicial.

Pese a esta ampliación de los iniciales supuestos en los que el artículo 27 impone la información, la previsión procesal sigue siendo parca, debiéndose concluir que resultará conveniente –por no estar prohibida y no afectar al secreto de la fase sumarial- la extensión voluntaria de esta información a supuestos no contemplados, entre los que destacaría la información policial relativa a la forma en que se puede presentar la denuncia y que cuando esta denuncia sea presentada se le informe además (bien por la policía, bien por el Ministerio Público) sobre: a) los servicios u organizaciones a los que puede dirigirse para obtener apoyo, b) las actuaciones subsiguientes a la denuncia y su papel respecto de aquéllas; c) el modo y las condiciones en que podrá obtener protección; d) la forma en que puede acceder al asesoramiento jurídico y a la asistencia jurídica gratuita y e) los requisitos para tener derecho a una indemnización. En el seno del proceso, la posibilidad de extender la información a la puesta en libertad del inculpado o penado, será particularmente valiosa en algunos casos y entrañará una consideración intensa de los derechos de la víctima, siendo conveniente que la información se extienda a las razones que la han podido hacer conveniente o ineludible.

Caso: Sobre el derecho a la información que tiene la víctima.

Objetivo formativo: Pretende el ejercicio que los discentes no sólo analicen la legislación interior del país, sino la internacional.

Ejercicio concreto: A la vista de las obligaciones impuestas por el Código Procesal Penal y las recogidas en la legislación internacional que pueda consultarse, así como teniendo en cuenta las posibilidades de información de aquello que no está impuesto, siempre y cuando no resulte inconveniente o quebrante una norma prohibitiva, el discente deberá elaborar una lista de la información que debe dársele a la víctima desde el inicio del proceso ante la policía, así como una lista separada de la información que –no siendo obligatoria- sea posible y conveniente facilitarle.

Mención aparte merece la cuestión de si es renunciable el derecho de información recogido en el Código Procesal Penal.

El código procesal penal sólo dispone en algunos supuestos que la información sólo procederá si la víctima hubiera manifestado su voluntad de ser informada. La previsión es coherente con la propia declaración de la ONU que afirma en su artículo 6.a que la información procederá “especialmente cuando se trate de delitos graves y cuando hayan solicitado (las víctimas) esa información”. En tal situación, de la regulación procesal dominicana y de la previsión internacional pueden extraerse dos consecuencias:

1. Que debe existir un innominado momento procesal en el que la víctima sea ilustrada de cuál es el alcance de su derecho de información, requiriéndosele además para que indique si en el futuro quiere ser informada o no de aquellos extremos del proceso respecto a los que se le concede tal facultad de opción.

El hecho de que nada diga el Código Procesal Penal sobre esta actuación procesal, y la necesidad práctica de que su cumplimiento y resultado quede documentada, sugiere la conveniencia de que se haga por el Ministerio Público al inicio de la fase sumarial y se participe posteriormente al órgano jurisdiccional que venga a conocer del proceso.

2. En aquellos supuestos en los que no se faculta la renuncia, la información deberá satisfacerse en todo caso.
3. Tendrá plena aplicación al incumplimiento de la obligación, lo dispuesto en el artículo 167 del Código Procesal Penal, que preceptúa que “no pueden ser valorados los actos cumplidos con inobservancia de las formas que impidan el ejercicio del derecho a la tutela judicial de la víctima...salvo que el defecto haya sido convalidado”.

VII.7.3 Derecho a una protección integral de la víctima durante el proceso

VII.7.3.1 Introducción

Uno de los recelos que tradicionalmente ha alejado a la víctima del proceso penal, ha sido el temor a sufrir represalias o ataques provenientes del inculpado o su entorno. La victimología se enfrenta así a la necesidad de garantizar a los damnificados una protección integral, es decir, un resguardo que vaya mucho más allá de la mera garantía de protección física, para proporcionar una plena salvaguarda de sus derechos subjetivos, así como una sensación de protección y seguridad que permita a la víctima intervenir en el proceso sin tensiones y sin exigencia de heroicidades.

El derecho a esta protección integral se satisface con la observancia de un auxilio plural.

VII.7.3.2 El derecho a la seguridad personal

Ha de ser la garantía primera. La víctima ha de tener seguridad de que la exteriorización del delito no le supondrá un riesgo personal, debiendo desplegar el Estado los medios adecuados para la

consecución de esta precaución; que habrá de hacerse extensiva a la seguridad de todos aquellos que se sitúan en el ámbito de afección o interés de la propia víctima.

Así se recoge en la Declaración de la ONU, que en su artículo 6.d establece que *“se facilitará la adecuación de los procedimientos judiciales y administrativos a las necesidades de las víctimas... adoptando medidas para garantizar su seguridad, así como la de sus familiares y la de los testigos en su favor”*.

En iguales términos se pronuncia el artículo 8.1 del Estatuto de la Víctima de la Comunidad Europea, al indicar que los Estados miembros garantizarán un nivel adecuado de protección a las víctimas y, si procede, a sus familiares o personas en situación equivalente, por lo que respecta a su seguridad..., siempre que las autoridades competentes consideren que existe un riesgo grave de represalias o claros indicios de un intención clara de perturbar su vida privada.

Surge así la cuestión de cuál es la precaución del Código Procesal Penal en orden a garantizar la seguridad de la víctima y su familia. La respuesta no puede sino reflejar que la víctima tendrá una necesidad de protección proyectada en dos planos diferentes:

- a.** La protección de la seguridad de la víctima, ante las represalias y presiones que puedan derivarse de su intervención como fuente de prueba, esto es, a la vista de su condición de testigo de cargo, cuestión esta que será objeto de análisis posterior.
- b.** La protección de la seguridad de la víctima respecto de aquellos ataques que puedan dirigírsele sin que respondan o tengan relación de causalidad con su intervención en el proceso.

Es esta una protección a que la víctima o su familia puedan ser de nuevo sujeto pasivo ante una eventual reiteración delictiva. Ante este riesgo, el derecho comparado ha reforzado los sistemas generales de protección perfilados en los textos procesales. Para ello se han promulgado leyes que recogen un sistema integral y específico de protección de aquellas víctimas que presentan el mayor riesgo de sufrir ataques de morfología idéntica al ya denunciado, tal y como ocurre con relación a menores o en el caso de la violencia de género, fundamentalmente dentro del ámbito familiar⁶. No es este el caso del ordenamiento jurídico dominicano, que limita su regulación a una escueta previsión en el Código Procesal Penal, el cual sólo incluye la indicación genérica del artículo 84.3 de que la víctima tiene derecho a recibir protección para su seguridad y la de sus familiares, sin que, sin embargo, el mandato se encuentre desarrollado en disposición legal alguna.

La dispensa de protección quedará por tanto constreñida a una innominada implantación de vigilancia policial o a la restricción de las posibilidades de reiteración delictiva del inculcado a través de las medidas de coerción previstas en el artículo 222 y ss, esto es, 1) el arresto ordinario o el domiciliario, 2) la prohibición de salida del país, localidad o ámbito territorial que se fije, 3) la obligación de someterse al cuidado o vigilancia de una persona o institución, 4) la obligación de presentación periódica ante el juez; 5) la colocación de localizadores electrónicos o, 6) la propia

⁶ Es ejemplificadora la ley española, ley orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género.

prisión preventiva; pues aun cuando artículo 227 del Código Procesal Penal parece posibilitar estas medidas únicamente cuando vayan orientadas a conjurar el riesgo de fuga, no obstante, debe concluirse que el riesgo de reiteración delictiva es otro de los motivos que legitiman constitucionalmente la adopción de estas medidas, tal y como se deriva de la jurisprudencia de la CIDH y del TEDH, así como de la propia necesidad de protección explicitada en el artículo 84.3.

VII.7.3.3 El derecho a la salud psíquica

Es este un derecho tan importante como el derecho a la integridad física, cuya protección es también recogida en la Declaración de la ONU, que en sus artículos 14, 15 y 16 dispone que las víctimas recibirán la asistencia material, médica, psicológica y social que sea necesaria, por conducto de los medios gubernamentales, voluntarios, comunitarios y autóctonos; añadiéndose además la obligación de informar a las víctimas de la disponibilidad de estos servicios sanitarios y sociales y demás asistencia pertinente, facilitando el acceso a ellos. El compromiso es tal que el propio artículo 16 fija que *“se proporcionará al personal de policía, de justicia, de salud, de servicios sociales y demás personal interesado, capacitación que lo haga receptivo a las necesidades de las víctimas y directrices que garanticen una ayuda apropiada y rápida”*.

Coherentemente con esta disposición, el reciente artículo 15 del Estatuto de la Víctima de la Comunidad Europea dispone que los Estados miembros propiciarán la creación gradual, en el marco de las actuaciones en general y especialmente en los lugares en los que puede incoarse el proceso penal, de las condiciones necesarias para tratar de prevenir la victimización secundaria o evitar que la víctima se vea sometida a tensiones innecesarias. Para ello velarán en particular para que se dé una acogida correcta a las víctimas en un primer momento y por que se creen en dichos lugares condiciones adecuadas a la situación de la víctima.

El actual Código Procesal Penal dominicano abraza la cuestión en la previsión tangencial recogida en el artículo 84.1, al establecer el derecho de la víctima a un trato digno y respetuoso. La exigencia que no se circunscribe al ámbito procesal, sino que es predicable igualmente del espacio policial preprocesal, y deberá impulsar a adoptar unas pautas de comportamiento tendentes a minimizar los perjuicios psicológicos derivados de la victimización secundaria que antes hemos analizado, así como a la adopción de medidas cautelares en aquellos supuestos en los que los perjuicios psicológicos sean directamente buscados por el inculpado mediante actitudes de amedrentamiento o presión que sean susceptibles de integrar algún tipo delictivo.

VII.7.3.4 La proscripción de la confrontación innecesaria

El estatuto de la Comunidad Europea dispone en su artículo 8.3 que los Estados miembros velarán además por que, en las dependencias judiciales, pueda evitarse el contacto entre víctima y procesado, salvo que el proceso penal lo requiera. A tal fin, se obliga a los Estados miembros a que progresivamente vayan disponiendo lo necesario para que las dependencias judiciales estén provistas de espacios de espera reservados a las víctimas. La exigencia no se recoge de forma individualizada en la Declaración de la ONU, no obstante, es inherente a la salud psicológica antes postulada, teniendo por tanto en el Código Procesal Penal dominicano la misma garantía antes analizada. En cualquier caso, existe además una protección de esta confrontación en la regulación

detallada que se hará de la prueba testifical -tanto en fase sumarial como de enjuiciamiento-, así como en la regulación del careo y de la diligencia de reconocimiento judicial; remitiéndonos para todas ellas a lo que posteriormente se expondrá al analizar el papel de la víctima como elemento probatorio del proceso.

VII.7.3.5 El derecho a la intimidad e imagen

Si hay cuestiones respecto a las cuales la víctima se muestre particularmente sensible, es con relación a aquellos espacios de su vida cuya proyección trata de evitarse, guardándose para el fuero interno del individuo o para compartirlos con aquellas personas o familiares más allegados. No son cuestiones que hayan de representar en sí mismas una indignidad, sino que la mayor parte de las veces se integran por experiencias, pensamientos o creencias respecto de las cuales el individuo, siendo libre de divulgarlas, ejerce la opción de preservarlas de la generalización de su conocimiento por una concepción personal y propia, pero normalmente generalizada en el grupo social, del pudor; la discreción o el individualismo. Una divulgación de estos hechos, pensamientos o experiencias, incluso en aquellas ocasiones en que puede resultar socialmente asumible, puede ser un quebranto tal de la libertad de definir nuestra propia personalidad, que genere una desnudez moral de la víctima de tal intensidad que anule la autoestima o -cuando menos- sacuda el equilibrio psicológico de forma significada. La intimidad y la imagen aparecen así tan íntimamente unidas que, sin ser lo mismo, son atacadas al tiempo por la exigencia de publicidad del proceso penal y su compromiso con la averiguación de la verdad.

Surge así la esencial exigencia de que quienes intervienen en el proceso penal sean particularmente cautelosos en: a) no llevar la indagación a aquellos espacios personales que no sean estrictamente necesarios y, b) que en aquellos supuestos en los que se perciba la imposibilidad de alcanzar los fines del proceso penal sin inquietar un determinado ámbito de la opción individual de reserva, será obligado limitar su divulgación a aquellas partes procesales, por ser aquellos para quienes su conocimiento es necesario para poder ejercer el derecho de defensa, restringiéndose respecto a los demás el interés colectivo de publicidad del procedimiento.

Este respeto a la intimidad deberá tenerse muy presente en la fase sumarial, denegándose aquellas indagaciones del ámbito personal que no sean estrictamente necesarias (intervenciones telefónicas o de correspondencia, extractos bancarios, exploraciones corporales o determinados extremos de los interrogatorios) para los fines esenciales de la investigación penal. En cuanto a la paralela exigencia de no divulgación, esta se satisfará con plena facilidad en la fase sumarial del proceso, por los principios de reserva que le inspiran.

Respecto a la fase de enjuiciamiento, la decisión deberá adoptarse por el tribunal en consideración -entre otros- al derecho de la víctima analizado (art. 308.1)⁷, y podrá hacerse tanto de oficio como "a petición de parte", si bien esta última indicación del artículo no debe entenderse como "parte procesal", sino como persona con interés legítimo, esto es, reconociéndose a la víctima legitimación activa para tal petición, aun cuando no se haya constituido en acusación particular o actor civil.

7 El artículo 308.1 establece como primero de los supuestos para acordar la celebración del juicio a puerta cerrada que se afecte directamente el pudor; la vida privada o la integridad física de alguno de los intervinientes.

Ninguna virtualidad tendría esta protección de la intimidad para el acto del juicio, si al tiempo no se impone una obligación de reserva a las partes que hayan de presenciarlo, de suerte que la protección de la intimidad y la imagen de la víctima llegará más allá del acto procesal mismo, recogiendo en el inciso último del propio artículo 308 que en estos casos *“el tribunal puede imponer la obligación de reserva a las partes intervinientes sobre los hechos que presenciaron o conocieron, dejando constancia en el acta del juicio”*.

No puede terminarse este análisis sin distinguir la diferencia entre publicidad y divulgación, pues una cosa es que los interesados puedan conocer lo acontecido en el proceso penal y otra muy distinta es que la imagen o relato de lo ocurrido se distribuya por todos los hogares a través de los medios de comunicación social. Cualquier persona puede apreciar la diferente trascendencia que tendrá en la imagen o intimidad de la víctima el descubrimiento de determinados hechos ante los comparecientes al juicio, incluso como espectadores, que cuando esa revelación alcanza la televisión en horarios de máxima audiencia. Esta es la razón de que el propio Código Procesal Penal establezca un nivel intermedio de protección de la intimidad e imagen de la víctima, al indicar en el artículo 309 que los medios de comunicación pueden instalar en la sala de audiencias los equipos técnicos a los fines de informar al público sobre las incidencias del juicio; si bien el tribunal señalará en cada caso las condiciones en que se ejerce el derecho a informar, pudiendo prohibir –mediante auto motivado– la grabación, fotografía, filmación, edición o reproducción, cuando puedan resultar afectados (entre otros supuestos) el pudor, la vida privada o la integridad física de la víctima.

Esta regulación es el resultado de la previsión del artículo 84 del Código Procesal Penal, en el que se recoge el derecho a la víctima a un trato digno y respetuoso (nº 1), así como a ser respetada en su intimidad (nº 2), tal y como también se recoge en el artículo 4 de la Declaración de la ONU (*“las víctimas serán tratadas con...respeto por su dignidad”*) y en el artículo 6.D del mismo texto legal (*“adoptando medidas para proteger su intimidad”*).

VII.7.3.6 El derecho a la comodidad

La consideración de la víctima pasa por conseguir que su esfuerzo de colaboración con la justicia quede limitado a los casos estrictamente indispensables. El derecho adquiere plena virtualidad cuando la condición de víctima se une a la intervención procesal como testigo. En tales ocasiones deberá evitarse la reiteración de actuaciones que nada aportan o las inútiles comparecencias para ratificar lo que ya se había dicho. Este compromiso del sistema jurídico por la comodidad de la víctima, encuentra su expresión máxima en la admisión de salidas alternativas al proceso penal que, sin comprometer el interés público por el ejercicio de la acción penal, permitan convenir una solución que satisfaga en plenitud a la propia víctima y le eviten al tiempo el peregrinar por las distintas fases del proceso.

Es este principio de comodidad un principio esencial consagrado en el artículo 6.D de la Declaración de la ONU, al establecer que *“se facilitará la adecuación de los procedimientos judiciales...adoptando medidas para minimizar las molestias causadas a las víctimas”*; añadiéndose en el artículo 7 que *“se utilizarán, cuando proceda, mecanismos oficiosos para la solución de controversias, incluidos la mediación, el arbitraje y las prácticas de justicia consuetudinaria o autóctonas, a fin de facilitar la conciliación y la reparación en favor de las víctimas”*. La previsión fue nuevamente trasladada al estatuto europeo de la víctima, que en su artículo dispone la necesidad de que los Estados

garanticen que la víctima sólo será interrogada en la medida necesaria para el proceso penal, y que en su artículo 10 recoge el compromiso de los Estados con impulsar la mediación en las causas penales para las infracciones que a su juicio se presenten a este tipo de medida, velando por que pueda tomarse en consideración todo acuerdo entre víctima e inculpado que se haya alcanzado con ocasión de esta mediación penal. Este contexto internacional refleja la razón de ser de la previsión de la conciliación y la mediación en los artículos 37 y siguientes del Código Procesal Penal.

VII.7.4 La intervención de la víctima como elemento probatorio en el proceso: La posición de la víctima como testigo

La necesidad de contar con la colaboración de la víctima no se agota con la denuncia, sino que para un correcto desarrollo del proceso, los mecanismos de control formal del delito necesitarán de una continua participación de la persona ofendida por el delito. Esa colaboración se realizará, fundamentalmente, aportando los medios de prueba a su alcance que puedan constituir una base suficiente para romper la presunción de inocencia en el juicio y, por consiguiente, posibilitar la efectiva imposición de una pena a quien resulte culpable de un delito, tras su sumisión a un proceso con todas las garantías.

VII.7.4.1 Introducción

A pesar de que el testigo es definido como aquel tercero ajeno al proceso que es llamado a éste para que aporte el conocimiento que tenga sobre el hecho delictivo, es pacífica la consideración doctrinal y jurisprudencial de que la declaración de la víctima en el proceso se produce a título de testigo, pues ante el hecho de que el procedimiento penal no recoja un régimen específico para introducir en el proceso la declaración de la víctima, no quedaría otra interpretación alternativa que la absurda solución de entender que la víctima no está facultada para actuar como elemento probatorio, siendo como es que es un elemento de esclarecimiento esencial, cuando no el único.

Así pues, la colaboración de la víctima se prestará siempre en calidad de testigo, bien sea para expresar lo acontecido o reflejar la autoría, bien para referir en qué modo la acción delictiva ha modificado la realidad preexistente; pudiéndose concluir que su intervención en otras diligencias de prueba como la rueda de identificación, el careo o incluso su propio reconocimiento pericial, no es sino una submodalidad del testimonio, y que en cuanto tal deben participar del mismo régimen jurídico respecto a su atención y amparo.

Esta consideración determina que la víctima tenga obligación de comparecer al llamamiento que se le haga para recabársele la información con que cuente. Así se impone en el artículo 194 del CPP, al tiempo que el artículo 203 añade que cuando no comparezca o cuando compareciendo se niegue a satisfacer el objeto de la citación, la víctima podrá ser sancionada con una multa de hasta 30 días de salario base de un juez de primera instancia, permitiéndose incluso en el artículo 199 que durante el procedimiento preparatorio, el testigo incompareciente pueda ser conducido mediante el uso de la fuerza. Obviamente, los recelos concretos que pueden asolar a la víctima, los efectos que pueden derivarse del delito en la psiquis del ofendido y las perjudiciales

consecuencias que la victimización secundaria tiene con la víctima y con el buen fin del proceso, recomendarán la utilización aún más moderada y restrictiva de estos recursos respecto de las víctimas, por ser patológica la situación de conducción policial de quien no es sino el destinatario de la protección del estado. El mero incumplimiento no justifica sin más la aplicación directa de las soluciones legales, no sin hacer antes un balance de las razones que han podido determinarlo y de los perjuicios que se han podido generar a la causa o al inculpado y de la facilidad o complejidad con que podrán ser restañados.

El artículo 198 reconoce la obligación de comparecencia aun en aquellos supuestos en los que el testigo —aquí la víctima— resida en un lugar lejano de donde deba prestar declaración. La obligación no entraña que el traslado haya de ser siempre inexorable. El juez debe ser consciente de los perjuicios añadidos que se derivan de estos desplazamientos costosos, de suerte que sólo deben imponerse cuando la diligencia no pueda practicarse mediante auxilio judicial, debiéndose destacar cómo la legislación procesal española impone que la decisión de desplazamiento obligado del testigo o la víctima debe acordarse siempre mediante resolución motivada.

No puede olvidarse, naturalmente, que la víctima quedará excusada de su obligación de declarar en los mismos casos que los previstos para el testigo, esto es: 1) Cuando su declaración pueda comprometer su responsabilidad penal (art. 194), 2) Cuando tenga obligación legal de guardar secreto (art. 197), 3) cuando sea cónyuge o conviviente del imputado, así como cuando sea pariente hasta el tercer grado de consanguinidad o segundo de afinidad (art. 196), teniendo este supuesto de parentesco gran trascendencia para el enjuiciamiento de delitos de agresiones sexuales o malos tratos en el ámbito familiar, en los cuales se deberá ser particularmente cuidadoso en advertir a la víctima del derecho que le asiste de abstenerse de contestar todas o alguna de las preguntas que se le formulen, no sólo por el vicio de nulidad que integra la declaración inadvertida (conforme con el artículo 167), sino por la victimización secundaria que para la víctima se deriva de aportar ella misma la prueba de cargo que permitirá la punición de seres queridos y que, a buen seguro, comportará además la ruptura del núcleo familiar constituido libremente y en el que se ha desarrollado la personalidad y los afectos durante años, con posible afectación de terceras personas integrantes del mismo núcleo.

VII.7.4.2 Validez de su testimonio como elemento de prueba

No obstante la aplicación a la declaración de la víctima de la normativa referente a la declaración de los testigos, no puede perderse de vista que el ofendido por el delito no puede ser considerado un tercero ajeno a la acción delictiva. Su afectación por el delito es evidente y la víctima no puede mostrarse indiferente respecto al resultado del proceso. Pese a ello, la jurisprudencia ha admitido que la declaración de la víctima puede ser prueba suficiente para enervar la presunción de inocencia.

En cualquier caso, las especiales condiciones de la víctima y su comprensible interés por la condena del imputado que puede llevar incluso en ocasiones a su personación como acusación particular, motiva que su apreciación para fundamentar una declaración de culpabilidad, se deba rodear de ciertas cautelas en aquellos supuestos en los que sea esta la única prueba de cargo concurrente. Así, la jurisprudencia española considera que para que la declaración de la víctima pueda enervar por sí misma la presunción de inocencia, será necesario la concurrencia de tres requisitos:

- a. *Ausencia de incredibilidad subjetiva.* Debe exigirse que no exista en la víctima – fuera del propio delito que refiere- un móvil o animosidad que pueda provocar una fabulación o incriminación falsa. El requisito, integrando una precaución lógica, ha sido limitado en su valor por la propia jurisprudencia, sin que pueda ser determinante de eliminar siempre la credibilidad de la víctima, toda vez que no es infrecuente que la comisión de un delito venga precedida de un deterioro de las relaciones entre víctima y agresor que puede ser aprovechado por éste para resquebrajar el único medio de prueba con que cuenta el ofendido.
- b. *Corroboraciones periféricas.* La validez de su declaración como prueba de cargo, exige que sea un relato lógico y que pueda corroborarse indiciariamente por la acreditación de la realidad de las circunstancias periféricas objetivas y constatales que le acompañen. La concurrencia de lesiones que denoten la agresión violenta que la víctima refiere, la aparición de restos orgánicos, la rotura de ropas, la realidad de que el inculpado estuviera en el lugar y hora que se le atribuye, la existencia de testigos que vieran el estado de crispación de la víctima instantes después del supuesto ataque, o cualquier otra de las infinitas circunstancias que coexisten alrededor del delito, pueden aportar la verosimilitud o credibilidad de la afirmación de la víctima que podía cuestionarse inicialmente, debiéndose destacar entre estas corroboraciones, las pruebas periciales tendentes a objetivar si en la víctima se dan los traumas o secuelas psíquicas que son susceptibles de derivarse de ataques de la naturaleza del referido por el acusador.
- c. *Persistencia en la incriminación.* El tercer y último requisito jurisprudencial se asienta en la base de que los hechos acontecidos son únicos y estables, de suerte que ha de ser igualmente estable e inmutable el relato que de los mismos haga la víctima, el cual deberá mostrarse además sin ambigüedades, ni contradicciones. La exigencia deberá ser ponderada en consideración a las leves impresiones o a omisiones que pueden estar justificadas por el estado de turbación en el que se encuentre la víctima en los momentos posteriores al ataque, pero sin que esta comprensible razón lleve a vaciar de contenido a la exigencia.

No puede culminarse este análisis sin destacar que estas mismas reglas serán aplicables en aquellos casos en los que la apreciación del testimonio de la víctima presenta dificultades especiales, como cuando se trate de menores de edad a quienes se atribuye una especial capacidad para la fabulación o la sugestión, o cuando la víctima padezca algún tipo de enfermedad o deficiencia psíquica o mental. Si bien en estos supuestos, el tribunal debería contar además con una información pericial que calibre la capacidad de la víctima de percibir lo ocurrido y de transmitir la realidad al tribunal.

VII.7.4.3 La protección personal como testigo

La protección de la víctima por su intervención como testigo arranca ya con la protección de su intimidad o imagen en los términos que ya hemos analizado, extendiéndose a la protección de su dignidad reflejada en el artículo 326 del CPP que preceptúa la obligación del presidente del tribunal de evitar que el testigo conteste preguntas capciosas, sugestivas o impertinentes y de velar por que el interrogatorio se conduzca sin presiones indebidas y sin ofender la dignidad de las personas.

No obstante, la alusión a la protección personal del testigo –y entre ellos las víctimas hace referencia fundamentalmente a la intención de crear las condiciones que aseguren su máxima colaboración en el proceso penal, reduciendo sus reticencias derivadas del temor a sufrir represalias provenientes del imputado y su entorno, pues este compromiso no sólo satisface el principio de solidaridad con los colaboradores de la justicia, sino que crea un contexto más adecuado para que el proceso criminal pueda alcanzar sus fines.

Surge así el principio de protección a la víctima respecto de los riesgos personales que puedan derivarse de su participación como testigo en el proceso; derecho que no es sino un reflejo del derecho de seguridad de la víctima antes analizado, pero que por sus especiales circunstancias no sólo justifica un estudio aparte, sino que ha motivado una importante experiencia legislativa internacional en materia de protección de testigos.

El ordenamiento jurídico dominicano no ha desarrollado una legislación específica al respecto, no obstante, la cuestión tiene un tibio reflejo en la nueva legislación procesal:

- a. El párrafo último del artículo 201 indica que si el testigo expresa temor por su integridad o la de otra persona, puede ser autorizado excepcionalmente a no indicar públicamente su domicilio y otros datos de referencia.
- La redacción es imprecisa pues la indicación de no divulgación pública puede hacer pensar que los datos pueden ser conocidos por las partes personadas, interpretación que resultaría errónea, no sólo por vaciar de sentido al sigilo, sino por cuanto el propio artículo 201 manifiesta que en tales casos se anotarán los datos de referencia en una nota reservada.
 - En la regulación de esta protección se aprecia un cierto recelo asentado en las críticas al llamado testigo encubierto, como puede extraerse del hecho de que el propio artículo 201 del CPP disponga (a diferencia de lo previsto en la legislación norteamericana) que en ningún caso podrán las medidas de protección llegar a dispensar o eximir al testigo de su obligación de comparecencia. No obstante, siendo lógica esa previsión en aras del principio de defensa, no lo es tanto el que el artículo 201 aparentemente proscriba también la ocultación de la identidad, lo que suele estar permitido en el derecho comparado cuando la única forma de asegurar al testigo es preservar su identidad y vista además la escasa operatividad de la exclusiva ocultación de la residencia, del lugar de trabajo, la profesión u otros datos.
 - Ciertamente es que el conocimiento de la identidad permite a la defensa elaborar un juicio sobre la posible concurrencia de intereses espurios en el testigo, no obstante, no se mostraría ilógico que en aquellos casos en los que se represente un riesgo real a la vida o integridad física del testigo o de las personas de su entorno, pueda el juez –por resolución motivada– adoptar las medidas precisas para la ocultación de la identidad, habiendo de recurrir la defensa a la desacreditación del testimonio en función del contenido de las afirmaciones.
 - Personalmente considero que la redacción actual deja abierta la puerta a esta ocultación, pues al permitir el artículo que el testigo pueda no indicar públicamente domicilio y datos de referencia y que estos sean anotados reservadamente, y proscribir la ocultación del nombre, no se está imponiendo expresamente que el nombre deba indicarse públicamente. Nada se opone, conforme a la literalidad de la ley, a que el nombre sea uno de esos datos que

—sin ocultarse— se anoten reservadamente. Este es el sentir coherente con lo previsto en el artículo 326 para la prueba testifical en juicio, en el que se indica expresamente que “*excepcionalmente⁸, la identidad o algunos datos de un testigo pueden ser reservados, en interés de proteger su seguridad o la de sus familiares*”.

Caso: Sobre la protección de testigos.

Objetivo Formativo: Pretende el caso determinar al discente a realizar un análisis de la legislación dominicana en materia de protección de testigos, confrontando su realidad legislativa con la del resto de países y con la reflexión doctrinal al respecto.

Descripción de la situación fáctica: María intuye que su hijo está pudiendo comenzar una vida delictiva por culpa de las amistades que frecuenta. Con la finalidad de alejarle de un camino que arruinará su vida, hace una indagación de sus movimientos y se pertrecha así de toda la información que permite un enjuiciamiento menor de su hijo y grave de los hampones. El miedo a que su hijo pueda rechazarle afectivamente por su colaboración con la justicia, así como el terror a que los mafiosos puedan tomarse la revancha contra su hijo, le lleva a pedir al Ministerio Público que si bien está dispuesta a declarar, no aparezca su nombre e identidad en ningún documento de las actuaciones.

b. Esta protección será plenamente aplicable en los supuestos del artículo 218 (reconocimiento de personas) y 221 (careo), toda vez que es a los testigos a quienes corresponde la realización de las mismas y, en cuanto tal, participan del régimen de la prueba testifical.

VII.7.4.4 La protección de los especialmente vulnerables

En cualquier caso, existen supuestos en los que la protección de la víctima se hace particularmente necesaria. El artículo 2.2 del Estatuto de la Víctima establece que los Estados miembros velarán por que se brinde a las víctimas especialmente vulnerables un trato específico que responda de la mejor manera posible a la situación. La previsión hace referencia a los testimonios de niños, dementes, personas deprimidas y en general todas aquellas personas que se encuentren en una situación de especial desvalimiento en su formación o salud psíquica, lo que ocurrirá en mucha mayor medida cuando el testigo no es otro que la propia víctima del delito. Esta voluntad de especial protección inspira:

a. El artículo 202 del CPP, en el cual se preceptúa que “el testimonio de personas que se encuentren en circunstancias especiales de vulnerabilidad puede recibirse en privado y con la asistencia de familiares o personas especializadas”.

⁸ Esta indicación, así como el hecho de que afecta a derechos fundamentales como la seguridad de la víctima y el derecho de defensa del inculpado, justifica la necesidad de resolución motivada que permita un control de la legalidad y oportunidad de la decisión.

La previsión lógicamente no podrá modificar las posibilidades de defensa de las partes, quienes podrán dirigir las preguntas que pretendan plantear y que el presidente considere pertinentes por escrito, emisión a distancia o de cualquier otra forma que impida el contacto directo.

Por otro lado, la expresa previsión de poder contar con ayuda especializada no sólo permitirá dirigir la cuestión que desea indagarse en forma tal que genere el mínimo sobresalto o daño a la víctima, sino que podrá asesorar al tribunal sobre aquellas cuestiones que pueden ser particularmente perturbadoras, a fin de que este pondere su conveniencia.

- b.** El artículo 327 del CPP que, con relación específica a los menores, indica que siempre que el interrogatorio pueda perjudicar la serenidad del menor de edad, el tribunal puede disponer una o más de las siguientes medidas:
 - 1.** Escuchar su declaración sobre la base de las preguntas presentadas por las partes.
 - 2.** Celebrar la audiencia a puerta cerrada.
 - 3.** Que el menor declare fuera de la sala de audiencia y que se dispongan los medios técnicos que permitan a las partes y al público presenciar el interrogatorio desde la sala.

En iguales términos que el artículo anterior, el inciso último del artículo 327 dispone la posibilidad de que el presidente –habría de decir, el tribunal- pueda auxiliarse de un pariente del menor, de un experto en psicología o de otra ciencia de la conducta.

VII.7.5 El amparo de la confrontación

Uno de los mayores temores para la víctima es el de mostrarse a la vista del imputado durante el proceso iniciado contra. El temor atenta directamente al derecho a la seguridad y a la salud de la víctima y es obvio que puede afectar al contenido del testimonio de ciertas víctimas que se sientan intimidadas, llevando a declaraciones exculpatorias o incluso a retractaciones, que no hacen sino frustrar el objeto del proceso.

Surge así una reclamación esencial de la víctima a no tener una confrontación pública con el inculpado o su ámbito de relaciones, para la que el derecho comparado ofrece diversas soluciones como la declaración en ausencia del imputado, la remisión a declaraciones sumariales, el testimonio oculto etc. Ninguna previsión al respecto ofrece el CPP, fuera de las ya indicadas para quienes están en una situación especialmente vulnerable y de la previsión recogida en el artículo 218 de que el reconocimiento de personas pueda hacerse desde un lugar oculto cuando se considere conveniente para la seguridad del testigo. No obstante, esta misma regulación y la realidad de la legislación internacional tuteladora de la víctima que hemos venido analizando, permite interpretar dos aspectos relacionados:

- 1.** La práctica de la Diligencia de Careo prevista al artículo 221, puesto que en su propia esencia impone tal confrontación, habrá de limitarse a aquellos supuestos en los que el tribunal no cuente con ningún otro medio de esclarecer lo acontecido.

2. Dentro de las facultades de ocultar los datos de identidad del testigo, podrá encontrarse la de impedir la confrontación directa de inculpado y víctima mediante la colocación de mamparas o biombos.
3. Que en aquellos supuestos en los que la confrontación sea particularmente violenta para la víctima, podrá acudir a las soluciones previstas para los supuestos de especial vulnerabilidad.

VII.7.6 El derecho al intérprete

El derecho de información y seguimiento del proceso tiene como exigencia inevitable la de contar con el auxilio de intérpretes en aquellos supuestos en los que la víctima no conoce el idioma español o en los casos en los que existen limitaciones que constituyan un impedimento manifiesto como la sordomudez etc. En previsión de esta contingencia, el Código Procesal Penal contiene dos preceptos:

- a. Con relación a la víctima que interviene en el proceso en calidad de testigo, el artículo 202 dispone que cuando el testigo no pueda expresarse fácilmente en español o adolezca de los impedimentos físicos que lo justifiquen, se podrá disponer las medidas necesarias para que el interrogado sea asistido por un intérprete o traductor o para que se exprese por escrito o de la forma que facilite la realización de la diligencia.
- b. Mayor interés en aras del respeto al derecho de información de la víctima tiene el artículo 311 del Código Procesal Penal. El precepto establece que si la víctima o el imputado es sordo o no comprende el idioma español, el tribunal dispondrá que sea asistido de un intérprete con el objeto de transmitirle el contenido de las actuaciones de la audiencia. El hecho de que en este caso la asistencia interpretativa no venga limitada al contenido de un interrogatorio, sino a toda la audiencia, con independencia de que intervenga en ella la víctima o inculpado necesitado, y la circunstancia de que el precepto venga referido a la víctima, con independencia de su consideración de testigo, pone en evidencia que el derecho nace de la condición misma de ofendido por el delito, siendo aplicable incluso con relación a aquellos que no se hayan constituido en parte y aún respecto a actuaciones en las que no son sino meros espectadores. La previsión es pues una previsión que responde directamente a la consideración e información de la víctima, entendiéndose que esta, por el mero hecho de serlo, tiene un interés directo en el seguimiento de las vicisitudes del juicio y proporcionándole los recursos para que pueda seguir los términos del debate; única forma además de dar satisfacción al derecho de alegaciones que se reconoce para la víctima en el artículo 331 del Código Procesal Penal y al que nos referiremos posteriormente.

Este derecho al intérprete no responde a una indicación específica de la Declaración de la ONU, pero es consecuencia directa del derecho de la víctima a ser informado de la marcha de las actuaciones (art. 6.a) y de su derecho a ser asistido apropiadamente durante todo el proceso judicial (art. 6.c), si bien puede decirse que es una propuesta vanguardista del Código Procesal Penal, toda vez que supera el margen de aplicación que expresamente recoge el moderno Estatuto de la Víctima europeo, cuyo artículo 5 preceptúa que “*Los Estados miembros tomarán las*

medidas necesarias para reducir cuanto sea posible las dificultades de comunicación que afecten a la comprensión y a la participación de la víctima en las fases importantes del proceso penal, cuando ésta sea testigo o parte en las actuaciones, en términos comparables a los aplicables al procesado”.

En la regulación procesal destaca, sin embargo, que no se establezca una asistencia interpretativa con relación al contenido de la resolución que ponga término al proceso, siendo como es que en esta se culminan las expectativas de justicia de la víctima y visto además que el perjudicado se encuentra legitimado para recurrir la decisión que le pone término. El hecho de que el artículo 335 imponga el pronunciamiento verbal de la sentencia a la terminación de la audiencia, parece sugerir que la asistencia del intérprete alcanzará hasta ese momento, lo que permitirá a la víctima conocer la decisión del juzgador y la sucinta o resumida motivación en la que se sustenta. No obstante, las mismas razones sugieren la pertinencia de una interpretación extensiva del artículo 311, de suerte que la traducción se preste también en el día al que se demore la emisión del fallo para aquellos supuestos en los que no pudo dictarse en el día del juicio por la complejidad del asunto o lo avanzado de la hora; y que se reciba también esta asistencia –sin tener porqué consistir en una traducción escrita de la sentencia- en el día en que se produzca la lectura íntegra de la sentencia para todos aquellos supuestos en los que, habiéndose adelantado el fallo y sus motivos esenciales, quede pendiente su conocimiento íntegro; interpretación, por otra parte, que es la única que da plena satisfacción al derecho la víctima, conforme con el artículo 84.6 del C.P.P. a ser informada de los resultados del procedimiento.

VII.8 La participación de la víctima en la finalización del proceso

VII.8.1 Su participación en la finalización anormal del proceso

VII.8.1.1 Víctima y principio de oportunidad

La introducción en el proceso penal del principio de oportunidad no es sino una quiebra de los principios de necesidad y de legalidad, no obstante es un fenómeno que surge en la política criminal de los Estados como reacción al fracaso de la justicia penal (por la imposibilidad de hacer frente a la globalidad de los procesos y aparecer como conveniente imponer el principio de selectividad) y ante el fracaso también de la finalidad de reinserción social de la pena, fundamentalmente en supuestos de penas de corta duración o delitos de bagatela. No obstante las aportaciones del principio de oportunidad con relación a las objeciones antes expresadas, es lo cierto que a la solución se le han apreciado múltiples y graves problemas, como son:

1. Supone un quebranto del principio de igualdad, al tratar de modo diferente a sujetos con idéntica responsabilidad criminal, en función de que opten por el pacto o renuncien a él a favor del juicio oral.
2. Supone una subversión del principio de legalidad, al permitir dejar de perseguir determinados ilícitos penales.

3. Modifica el papel de los distintos sujetos procesales en aquellos supuestos en los que la oportunidad descansa sobre la sentencia de conformidad, pues es en la práctica el Ministerio Fiscal quien impone la pena, desjudicializándose el proceso penal.

Con relación a la víctima, el principio de oportunidad aporta también una serie de inconvenientes, como son la desviación en ocasiones de la condena respecto del delito realmente cometido y la desnaturalización del carácter retributivo de la pena legalmente prevista. No obstante, aporta también importantes ventajas, cual puede ser la aceleración de la respuesta punitiva, la evitación del proceso y su victimización secundaria y, cuando la solución del conflicto tiene en consideración la opinión de la víctima, la satisfacción de sus aspiraciones de represión y el aseguramiento del resarcimiento de los daños sufridos cuando estos son impuestos como condición a la aplicación de la solución negociada.

Que la solución de oportunidad puede seguirse en consideración, no sólo del interés colectivo, sino del interés individual de la víctima, es algo que está implícitamente reconocido en la Declaración de la ONU que, en su artículo 7, dispone que se utilizaron mecanismos oficiosos para la solución de controversias, incluidos la mediación, el arbitraje y las prácticas de justicia consuetudinaria o autóctonas, a fin de facilitar la conciliación y la reparación a favor de las víctimas.

No obstante, si dentro del concepto genérico de *principio de oportunidad* estarían incluidas todas las distintas salidas *anormales* del proceso penal que aquí vamos a estudiar, en el Código Procesal Penal el término de “oportunidad” se aplica exclusivamente al abandono sin más de la acción pública en la persecución penal, por mero principio de selectividad.

En tal sentido, el artículo 34 permite que el ministerio público pueda prescindir de la acción pública –con posibilidad de continuar la persecución mediante acción privada según el artículo 36– en cualquier momento anterior a la apertura de juicio oral, siempre que lo haga por dictamen motivado y concurra alguna de las circunstancias siguientes:

1. Que el hecho no afecte significativamente al bien jurídico protegido o no comprometa gravemente el interés público, siempre que la pena máxima imponible no sea superior a dos años de privación de libertad o que el delito no haya sido cometido por funcionario público con ocasión del desempeño de su función pública.
2. Cuando el imputado haya sufrido, con ocasión del delito, un daño físico o psíquico grave que torne desproporcionada la aplicación de la pena.
3. Que la pena correspondiente a los hechos que se dejan de perseguir carezca de importancia con relación a otra que le ha sido impuesta o que le corresponde por los restantes hechos por los que se va a depurar su responsabilidad.

No obstante la soberanía fiscal a la hora de ejercer este principio de oportunidad, lo cierto es que el Código Procesal Penal tiene muy en consideración la posición de la víctima y que lo hace en varios momentos procesales:

- a. *Con carácter previo a la adopción de la decisión de abandono de la acción penal.* Si bien corresponde al ministerio fiscal la adopción de la decisión, es lo cierto que el artículo 34 destaca que cuando los hechos hubieran generado un daño, el ministerio

público deberá velar porque sea razonablemente reparado. La previsión –sin excluirlo tampoco- no impone la audiencia previa de la víctima, pero obliga a una suficiente indagación de los perjuicios y a introducir en la negociación o consideración la forma en que serán subsanados. Resulta así la reparación de la víctima una exigencia legal que no puede ser soslayada y que si lo fuera sería susceptible de asentar la estimación de la impugnación que a continuación veremos.

- b.** *De forma posterior a la decisión, en facultades de control de la actuación del ministerio público.* Cuando la víctima entienda que el principio de oportunidad ha sido ejercido de manera ilegal (falta de presupuestos necesarios, insuficiente o inexistente motivación, ausencia de reparación de perjuicios, ausencia de razones objetivas o discriminación) tiene la facultad de objetar su aplicación ante el juez de la instrucción, quien podrá revocarla tras la realización de la pertinente audiencia. La facultad de oposición impone una obligación de comunicación de la decisión del ministerio público, pues si bien no viene recogido en los artículos 34 a 36, es inherente al derecho y viene expresamente impuesto en el artículo 84.6, debiéndose entender que el plazo de tres días que para la oposición da el artículo 35, es un plazo que se computará desde la fecha de la notificación y no desde la de la resolución como literalmente recoge el precepto.
- c.** *De manera posterior, en defensa de la legalidad en la punición de la conducta.* Pese a la legalidad de la extinción de la acción pública, es lo cierto que la víctima está autorizada para continuar la persecución del hecho mediante el ejercicio de la acción privada, siempre que se haga dentro del plazo de diez días contados desde la fecha de la notificación de la medida.

No resulta difícil pronosticar que, normalmente, siempre que la víctima ejercite la acción privada, se habrá opuesto anteriormente a la decisión del ministerio fiscal de dar por extinguida la acción pública. En tal consideración deberá de entenderse que el plazo de los diez días es computable desde que la medida de extinción es definitiva, esto es, desde la notificación de la decisión del juez de la instrucción de desestimar la oposición.

VII.8.1.2 La víctima en el proceso de mediación y conciliación

Bajo esta acepción se reconocen dos momentos de un mismo proceso, el de conciliación, es decir, la extinción del ejercicio de la acción penal como consecuencia de la consecución de una solución negociada entre la víctima y su agresor.

Si la aplicación del principio de oportunidad antes analizado parece más orientado a la satisfacción de los intereses colectivos, buscando una selectividad en la persecución delictiva y abandonando la represión en delitos de poca monta, la conciliación prioriza el protagonismo de la víctima, subordinado su efectividad precisamente a la satisfacción de los intereses de la misma.

Se ofrece así la conciliación como un instrumento para solucionar múltiples facetas del proceso penal que producen insatisfacción social, ofreciendo como ventajas:

- I.** Una menor represividad que la que se derivaría de la culminación ordinaria del proceso punitivo.

2. Una fórmula participativa de la víctima infinitamente mayor que la ofrecida por el procedimiento penal.
3. Las ventajas terapéuticas que con relación a los efectos traumáticos del delito pueden derivarse del proceso de mediación, siempre que estas estén conducidas por profesionales, tal y como faculta el artículo 38 del C.P.P, al indicar que *“para facilitar el acuerdo entre las partes, el ministerio fiscal puede solicitar el asesoramiento y el auxilio de personas o entidades especializadas en mediación, o sugerir a los interesados que designen una”*.
4. Una función pacificadora por comportar una solución parcialmente idónea para todos los afectados.
5. Una consideración del interés de la víctima desde su propio crisol, lo que se garantiza por supeditarse la conciliación a la previa percepción de satisfacción por parte de la víctima, a diferencia del resto de soluciones en las que el perjudicado deberá conformarse con la reparación que otros consideran adecuada.
6. Una garantía de que el interés de la víctima se realizará finalmente, estableciéndose en el artículo 39 que *“si se produce la conciliación, se levanta acta la cual tiene fuerza ejecutoria. El cumplimiento de lo acordado extingue la acción penal. Si el imputado incumple sin justa causa las obligaciones pactadas, el procedimiento continúa como si no se hubiera conciliado”*.

No obstante, son también profundos y graves los problemas que puede plantear la conciliación, destacando así:

1. La introducción –y en cierto modo priorización– de los intereses privados en la aplicación del derecho penal, si bien el defecto es restringido mediante la limitación de los supuestos en los que esta priorización es admisible, siendo precisamente aquellos delitos en los que existe un menor interés público por su represión (contravenciones, infracciones de acción privada, infracciones de acción pública a instancia privada, homicidio culposo o infracciones que admiten el perdón condicional de la pena).
2. La existencia de profundas dificultades en su aplicación práctica, fundamentalmente por la visión que tiene la víctima de ser el responsable merecedor de una pena, sin perjuicio de su derecho a la reparación.
3. La selectividad del sistema, y
4. La utilización de la mediación en provecho privado y no colectivo. Por otro lado, debe destacarse que no puede hablarse de mediación y conciliación cuando entre las partes no hay una posición de igualdad, sino de superioridad y en ocasión la posición procesal de la víctima –a la vista del material probatorio existente– puede ser esta, canalizándose la situación hacia ventajas impropias y captatorias de las que se hará depender la elusión de la fuerza punitiva del estado. Para evitar estos posibles abusos de la víctima, el artículo 37 atribuye una función tutelar al ministerio público, indicando que *“en los casos de acción pública, el ministerio público debe desestimar la conciliación e iniciar o continuar la acción cuando tenga fundados motivos para considerar que alguno de los intervinientes ha actuado bajo coacción...”*.

No puede culminarse el análisis de la posición de la víctima en el proceso de conciliación sin hacer referencia a las posibilidades de impugnación. Es cierto que la conciliación ha de ser aprobada por el ministerio fiscal si se trata de hechos sometidos a acción pública (art. 37 y 38) y que una vez aprobada extinguirá la acción penal (art. 44.10), siendo de todo punto ilógico que la víctima –que habrá conciliado por estar conforme con los extremos convenidos– pueda después manifestarse contraria a la decisión del ministerio público de aprobarla el convenio y dar por extinguida la acción, no obstante, el Código Procesal Penal reconoce la posibilidad de oposición a la decisión fiscal en un alejado y disperso precepto, si bien sólo para aquellos supuestos en los que la oposición se muestra útil, indicando el artículo 282 que *“en caso de conciliación, el imputado y la víctima pueden objetar el archivo, invocando que ha actuado bajo coacción o amenaza”*.

VII.8.1.3 La víctima en la suspensión condicional del procedimiento

La suspensión condicional del procedimiento tiene un ámbito de aplicación diferente de la conciliación. Aquella se admite con relación a delitos que tengan señalada una pena de hasta cinco años (art. 40 en relación con el artículo 341) y siempre que el inculpado sea delincuente primario. La segunda, al permitirse siempre que quepa el perdón condicional, puede adoptarse incluso en delitos penados con hasta diez años de prisión y aun cuando no se trate de un primer delito del inculpado, si bien condicionado a que concurra alguna de las circunstancias de minoración de culpabilidad que el artículo 340 enumera.

Junto a esta diferencia con relación al ámbito de aplicación, es lo cierto que la víctima se posiciona de manera diferente en una y otra medida; debiéndose destacar:

1. Si la aprobación de la conciliación pasa por la decisión del ministerio público, la de la suspensión condicional del procedimiento está subordinada a una decisión judicial.
2. El proceso de mediación y conciliación se inicia por decisión autónoma del ministerio fiscal, sin que se prevea la instancia de parte, mientras que la suspensión condicional del procedimiento puede ser interesada por la víctima personada en autos. Ninguna facultad dinamizadora se reconoce sin embargo a quien sólo tenga la consideración de perjudicado.
3. La suspensión condicional pasará por que la víctima haya llegado a un acuerdo de reparación con el inculpado, aun cuando su ejecución quede pospuesta.
4. A diferencia del principio de oportunidad, no tiene reconocida la víctima ninguna posibilidad de objetar la decisión de suspensión condicional del procedimiento. Ello tiene su razón de ser en aquellos supuestos en los que la víctima no esté personada o sólo ejercite la acción civil, toda vez que sus intereses procesales estarán cubiertos por ser condición necesaria para la concesión que se haya llegado previamente a un acuerdo de reparación con la víctima. Paradójicamente, el ministerio fiscal o la víctima personada como acusación, no podrán recurrir la suspensión condicional del procedimiento que haya sido acordada a petición de otra acusación o de la defensa (art. 41, in fine), lo que resulta incomprensible siendo como es que desbarata sus pretensiones punitivas, de suerte que ello forzaría a indebidos desacuerdos de la víctima con el inculpado respecto a la reparación, como único medio de paralizar una suspensión condicional de la que inicialmente se discrepa.

5. No parece adecuado que la revocación de la suspensión sólo pueda abordarse de oficio o a instancia del ministerio fiscal, tal y como establece el artículo 42, siendo como es que la víctima que estuviere personada en autos es parte igualmente interesada en el cumplimiento de las condiciones impuestas, incluido entre ellas el cumplimiento del plan pactado para la reparación del perjudicado.

VII.8.1.4 La víctima y la extinción de la acción penal

No son estos los únicos supuestos en los que la víctima tiene una determinada participación con relación a la terminación del proceso. Conforme con el artículo 44 del Código Procesal Penal, la acción penal se extingue por una serie de razones, teniendo la intervención de la víctima una virtualidad esencial en algunas de ellas. Así:

1. El número cuatro dispone la extinción de la acción penal cuando la víctima abandone la acusación en las infracciones de acción privada (consecuencia esencial del principio acusatorio). Teniendo la misma génesis la previsión del número octavo, que declara igual extinción cuando se produzca la muerte de la víctima, siempre que se trate de un caso de acción privada y el ejercicio de la acción no sea continuado por sus herederos.
2. El número cinco del mismo artículo preceptúa la extinción de la acción en los supuestos de revocación o desistimiento de la instancia privada, siempre que la acción pública dependa de ella, y
3. El número nueve que recoge la extinción en aquellos supuestos en los que se produzca un resarcimiento integral del daño particular o social provocado, siempre que el resarcimiento tenga lugar antes del juicio y se trate de infracciones contra la propiedad sin violencia sobre las personas o infracciones culposas o contravenciones y siempre que la víctima o el ministerio público – según los casos- lo admitan.

VII.8.1.5 Su posibilidad de recurrir los autos de terminación anormal del proceso

Conforme con el artículo 84.6, la víctima debe ser informada del resultado del procedimiento, pudiendo recurrir las decisiones de terminación anormal del proceso, conforme se deriva de su derecho reconocido en el número 5 del mismo artículo (“*la víctima tiene derecho de recurrir todos los actos que den por terminado el proceso*”), así como en el artículo 396 del código procedimental, en el que se establece que “*la víctima aunque no se haya constituido en parte, puede recurrir las decisiones que pongan fin al proceso*”. No obstante esta indicación general, deberá precisarse lo siguiente:

1. No puede recurrirse la decisión de suspensión condicional del procedimiento en los términos antes expuestos.
2. Si bien en el artículo 364 se reconoce la posibilidad de apelación de la sentencia dictada por acuerdo de las partes –con las particularidades expuestas con ocasión del estudio de los recursos-, debe hacerse un análisis de la posición en la que se encontrará la víctima con relación a la impugnación de la misma. Inicialmente podría considerarse la posibilidad

de impugnación de la sentencia por parte de la víctima no personada en autos (en consideración a ser una resolución que pone término al proceso y de conformidad con el artículo 84.5), no obstante es lo cierto que la posibilidad del recurso a nada conduce, pues en la medida en que la víctima no está personada, el procedimiento ulterior a la eventual revocación quedaría sometido de nuevo al divergente criterio de las acusaciones que propugnaron el acuerdo destruido.

VII.8.2 Su participación en la finalización ordinaria del proceso

Bajo el término de finalización ordinaria del proceso nos referimos a aquellos supuestos en los que el procedimiento criminal responde a su aspiración esencial de averiguación sobre lo acontecido y depuración de la responsabilidad criminal que pueda corresponder a los autores y partícipes. El término engloba por tanto: 1) todos aquellos supuestos en los que, precisamente por lo obtenido en la fase de investigación, se acuerda la terminación del proceso sin abordar el enjuiciamiento de persona ninguna y 2) todos aquellos casos en los que a la vista de la concurrencia de indicios racionales de criminalidad, se acomete el enjuiciamiento de una o varias personas, culminando con la promulgación de una sentencia que le pone término.

VII.8.2.1 La intervención de la víctima en la terminación anticipada o constante la instrucción

Cierto es que la víctima tendrá la intervención de cualquier parte procesal respecto a las decisiones de prosecución o no del procedimiento durante la fase de investigación, en todos aquellos supuestos en los que se haya personado como querellante o haya presentado su demanda para intervenir como mero actor civil; no obstante el perjudicado, por el mero hecho de serlo y aún sin haberse personado en autos, tiene reconocido a lo largo del Código Procesal Penal una serie de facultades orientadas a posibilitarle combatir toda decisión que pueda llevar a la terminación anticipada del proceso.

1. *Intervención por inactividad del fiscal:* El artículo 150 del C.PP dispone la obligación que tiene el ministerio público de concluir el procedimiento preparatorio en el término de seis meses (tres si se ordenó prisión preventiva o arresto domiciliario), no pudiendo obtener más prórrogas que una excepcional de dos meses. Vencidos estos plazos de investigación, si el ministerio público no acusa, no dispone el archivo, ni presenta cualquier otra orden de prosecución, esto es, si el ministerio público no hace opción procesal al término del periodo máximo de investigación, el juez deberá requerir al superior inmediato del funcionario actuante, así como notificar la situación a la víctima, para que formulen su requerimiento en el plazo de diez días, declarándose extinguida la acción penal si no lo abordaran en ese término.

Este requerimiento a la víctima deberá hacerse en todo caso, toda vez que esta advertencia al perjudicado no la hace depender el legislador –a diferencia de las subsiguientes- del hecho de que la víctima haya manifestado su voluntad de ser informado e indicando una dirección donde abordar las comunicaciones. Ello entrañará dos resultados distintos, a) que nunca podrá archiversarse una causa por inactividad de la acusación pública, sin que la víctima lo haya hecho, b) que en

la medida en que no se haya referenciado correctamente un domicilio en el que abordar las comunicaciones a la víctima, por no haber ejercido esta su derecho a ser informada y por no existir un interés en su colaboración como testigo, el legislador ha impuesto una demora importante, toda vez que el cómputo del plazo de los diez días comenzará desde la efectiva notificación. La previsión puede ser especialmente problemática con relación a víctimas extranjeras, a la vista de la no modificación del plazo total de duración del proceso.

Nada dice la ley sobre la posición que ocupará la víctima tras abordar ella el requerimiento. No obstante, el hecho de que este deba consistir en la emisión de un escrito de acusación, salvo que se pida la suspensión condicional del procedimiento (art. 293 C.P.P), determina que cuando la víctima requiera la apertura del juicio oral o la aplicación del procedimiento abreviado, será ejerciendo la opción de constituirse en parte acusadora para los actos procesales subsiguientes, toda vez que hasta ese momento cabe todavía la personación como querellante (art. 270 C.P.P) y siendo como es que carecería de sentido la continuación del proceso sobre la base de su episódica petición, si posteriormente nadie va a mantener la acusación.

- 2. Intervención ante la decisión del fiscal de archivar la causa:** Durante la fase de investigación preliminar el ministerio fiscal puede disponer el archivo del caso, mediante dictamen motivado, cuando: a) no esté suficientemente acreditada la perpetración de los hechos, b) exista un obstáculo legal que impida el ejercicio de la acción (vg: la prescripción o la nulidad de la prueba de cargo), c) no se haya podido identificar al responsable, d) no haya indicios suficientes de criminalidad y estén agotadas las vías de investigación, e) concurra en el imputado una causa de justificación o no pueda considerársele penalmente responsable, f) cuando el hecho no sea constitutivo de infracción penal, g) la acción penal esté extinguida, h) las partes hayan conciliado, i) se aplique el principio de oportunidad.

En todos estos supuestos, la decisión del ministerio público debe ser notificada a la víctima. Así se deriva del artículo 84.6 del C.P.P y se impone expresamente en el artículo 283 del mismo texto legal, si bien la norma general es restringida, toda vez que la notificación sólo deberá abordarse cuando se den dos condiciones: a) que el procedimiento se hubiera iniciado en virtud de la denuncia de la víctima y b) que el damnificado –en la información de derecho a la que ya nos referimos- hubiera solicitado ser informado.

A partir de esta notificación, la víctima no constituida en parte está legitimada para la objeción de la decisión fiscal en el plazo de tres días, solicitando la ampliación de la investigación, indicando los medios de prueba que pueden ser conducentes o individualizando al imputado. La objeción será resuelta por el juez de la instrucción tras la realización de una audiencia y siendo recurrible su decisión en apelación.

Debe destacarse que cuando el ministerio fiscal se plantee dictar el archivo por no haber indicios suficientes de criminalidad contra el inculpado y estar agotadas las vías de investigación o por concurrir en el imputado una causa de justificación o no podersele considerar penalmente responsable, el ministerio fiscal deberá ponerlo previamente en conocimiento de la víctima que haya solicitado ser informada y ofrecido su domicilio –aquí aunque no sea denunciante- para que manifiesten si tienen objeción al respecto (art. 282 C.P.P). La previsión parece aquí un tanto excesiva por reiterativa pues, por un lado el artículo 84.7 no impone la audiencia para estos

casos, dispensándose en los restantes y, por otro lado, lo que la víctima manifieste no es vinculante para el ministerio público (art. 282), pudiéndose además objetar ante el juez de la instrucción lo finalmente decidido por el ministerio fiscal (art. 282 y 283).

1. *Intervención de la víctima ante la pretensión de prosecución del fiscal:* Del régimen jurídico previsto en el artículo 296 del C.P.P se deriva que es el mismo el tratamiento dado en ese momento procesal al querellante, que el proporcionado a la víctima no personada que haya manifestado su deseo de ser informada. A todos ellos ha de notificárseles el escrito de requerimiento del fiscal⁹ a fin de que puedan presentar su propio escrito de acusación o adherirse al ya planteado por el fiscal. Si la opción es la de adhesión, habrá de hacerse en el término de tres días. Si por el contrario desea presentarse acusación, habrá de hacerse en 13 días (sic), sin perjuicio de que en ese tiempo la víctima no comparecida deberá también personarse en autos para continuar en el ejercicio futuro de su propia acusación, tal y como hemos analizado en el párrafo último del anterior punto.
2. *Intervención de la víctima ante la decisión de archivo del juez:* Presentado el escrito de defensa y practicada la audiencia preliminar, el juez podrá dictar el auto denegando la apertura del juicio oral. La decisión es susceptible de apelación (art. 304 C.P.P), pudiendo abordarse la impugnación tanto por la víctima personada, como por aquella que no lo es, como se deriva para esta de diez, en el que se solicitará la apertura de juicio oral, la tramitación como procedimiento abreviado o la suspensión condicional del procedimiento, en los términos del artículo 293 del C.P.P. los mencionados artículos 84.5, 84.66 y 396, sin que para ello sea preciso haber manifestado el derecho de ser informada.

VII.8.2.2 La intervención de la víctima en el veredicto

El ofendido por el delito influye de hecho en el resultado final del proceso, no sólo como se ha visto, a través del control de su inicio, mediante la presentación o no de la denuncia o repercutiendo en las decisiones de finalización del proceso a través de las manifestaciones del principio de oportunidad, sino que la persona de la víctima será decisiva en la configuración de la resolución por la que se ponga fin al proceso mediante una declaración de culpabilidad o inocencia, no sólo colaborando en que esclarecerse los hechos con su colaboración, sino influyendo, subconsciente en o directamente, en la pena que será finalmente impuesta al condenado.

Esta influencia podrá manifestarse a través de tres caminos diferentes:

1. *Afectando al subconsciente de quien enjuicie los hechos*, bien sea por su propia personalidad, sus características, su aspecto, actuación las implicaciones sociopolíticas de los hechos enjuiciados y de la decisión que se adopte.
2. *Mediante su personal juicio valorativo, orientado a la consecución del pronunciamiento que él entiende como justo.* El artículo 339 dispone como el juicio de la pena debe considerar, a la hora de determinar su extensión, la gravedad del daño causado a la víctima, su familia o la sociedad en general. Una de las fórmulas que existen para que el tribunal alcance a comprender la dimensión de este daño es lo que la víctima pueda referir, pudiéndose

⁹ En el que se solicitará la apertura de juicio oral, la tramitación como procedimiento abreviado o la suspensión condicional del procedimiento, en los términos del artículo 293 del C.P.P.

obtener el parecer: 1) desde el interrogatorio que le hagan las partes, si bien en estos casos la valoración de la víctima se limitará a aquellos extremos que los afectados quieren someter a su consideración y 2) desde las manifestaciones espontáneas y libres de la propia víctima, lo que aproximará con más nitidez al tribunal al daño producido y las consecuencias derivadas en la forma en que son percibidas por el damnificado por el delito.

La primera de estas fuentes de conocimiento –la del interrogatorio de parte– es admitida por la totalidad de los procedimientos penales. La segunda tiene su origen en los procesos penales norteamericanos (“*Victim impact statements*” o declaraciones de impacto de las víctimas) que permiten que la víctima aporte los datos que indiquen cuáles han sido las consecuencias económicas, físicas y morales y que lo haga mediante una declaración oral en el momento de la condena (presentance report), habiéndose introducido incluso en algún estado el punto de vista de la víctima en cuanto a la condena apropiada. Esta realidad procesal ha sido incorporada al Código Procesal Penal dominicano, que en su artículo 331 dispone que una vez terminada la fase de alegaciones finales de las partes, si la víctima estuviere presente y deseara exponer, se le concederá la palabra, aunque no se haya constituido en parte, ni haya presentado querrela. La previsión no establece ninguna restricción, de suerte que la víctima no sólo podrá exponer lo que tenga por conveniente en cuanto a las circunstancias y consecuencias del delito sufrido, sino que podrá también manifestar sobre su posición respecto a las pretensiones punitivas y resarcitorias expresadas por las partes en sus alegaciones finales. En cualquier caso, la posición de la víctima nunca podrá facultar al tribunal a dictar una pena más grave que la interesada por las acusaciones, ni una reparación mayor que la reclamada, por ser posiciones proscritas por el principio acusatorio y por el principio de justicia rogada respectivamente.

3. *Mediante un juicio valorativo del padecer de la víctima de tipo técnico.* Recogido en el artículo 351 del Código Procesal Penal, que establece que el tribunal, antes del fallo sobre la pena, debe tener ante sí un informe que le es rendido sobre la base de una investigación minuciosa de los antecedentes de la familia e historia social del imputado convicto y del efecto económico, emocional y físico que ha provocado en la víctima y su familia la comisión de la infracción. La previsión, en modo alguno supone sustituir la competencia del tribunal para hacer una valoración definitiva de tales consecuencias, sino que es un instrumento más para que el tribunal pueda alcanzar su exclusiva misión.

VII.8.2.3 La intervención de la víctima en la ejecución del fallo

Ninguna previsión al respecto se recoge directamente en el Código Procesal Penal, ni siquiera el proyecto del Código Penal habla de una eventual audiencia de la víctima con relación a la concesión del indulto o la amnistía. No obstante, puede apreciarse indirectamente la necesidad de darle una limitada entrada respecto a la suspensión condicional de la pena (art. 341) toda vez que estando subordinada al cumplimiento del acuerdo de reparación que se hubiera podido pactar con la víctima, de suerte que su violación puede justificar la revocación de la suspensión, deberán admitirse las denuncias de incumplimiento que el perjudicado curse durante el periodo de suspensión y oírse al menos a su terminación antes de darla por extinguida.

Unidad VIII

Etapa Intermedia: Actos Conclusivos y Audiencia Preliminar

Autor

Olga Elena Resumil



Contenido

- La Etapa Intermedia: Actos Conclusivos y Audiencia Preliminar
- La Audiencia Preliminar
- Actos Introdutorios
- La Oferta de Pruebas
- Desarrollo de la Audiencia de No ha Lugar a la Apertura del Juicio

VIII.1 Introducción

El nuevo proceso penal dominicano fundamentado sobre el modelo acusatorio tiene como norte consolidar un sistema democrático que resalte el equilibrio de las garantías procesales de seguridad jurídica y respeto a la dignidad del ser humano representadas a través del interés legítimo del Estado en:

- a. Avalar a la comunidad en general una convivencia pacífica.
- b. Reivindicar al perjudicado con la conducta criminal y.
- c. Garantizar al acusado un eventual juicio justo e imparcial.

Este interés se encuentra con el interés individual del procesado en que se respeten los derechos consagrados en la constitución en virtud de la garantía a un debido proceso de ley y que el Estado debe hacer efectivos desde el inicio del proceso penal.

Este equilibrio de garantías constituye la piedra angular de la protección igualitaria de las partes en conflicto y se alcanza con la configuración del rol del juez en el proceso investigativo como punto de balance en la protección de los derechos de todos los involucrados en el proceso penal. Precisamente sobre la concepción de la figura del juez y la comprensión de su papel como ente medular del sistema y garante de los principios que inspiran el nuevo esquema procesal, recae la atención del estudio de la nueva reglamentación. De ahí que a través de su inmersión en el proceso investigativo, el juez vaya adquiriendo un rol característico como ente superpartes ejerciendo la labor de gerente del debido proceso y garante del equilibrio procesal que requiere la sana administración de la justicia.

El modelo acusatorio se caracteriza por la garantía de imparcialidad que representa el órgano jurisdiccional poniendo sobre las partes la obligación de producir la prueba de sus alegaciones de modo que el juzgador pueda, a través de la sana crítica, adjudicar la verdad material sobre los hechos imputados. Asimismo le coloca en posición de valorar la suficiencia tanto de la prueba adquirida por el ministerio público como aquella de defensa desde etapas tempranas en el iter procesal. A esos efectos el sistema acusatorio, ya sea eminentemente adversarial o cercano a este modelo, introduce la figura del juez como representante ejecutor de la nivelación del interés legítimo del Estado en procesar criminalmente a un ciudadano infractor de la ley y protección de los derechos de éste frente al ejercicio arbitrario del *ius puniendi* por parte del primero.

Esta intervención niveladora se palpa principalmente en las etapas preliminares del proceso. En la fase preparatoria se investigan hechos criminales e imputaciones delictivas con el propósito de buscar la verdad y recolectar todos los elementos de prueba que puedan sustentar la acusación del ministerio público o la defensa del imputado (artículo 260 CPP). De ahí que el sistema acusatorio distinga la labor acusadora del fiscal, representante de la seguridad pública de la comunidad y la función judicial decisoria fundamentada en el escrutinio imparcial de la prueba adquirida y presentada para sustentar los cargos, escindiendo las funciones regulatorias ejecutiva y judicial. En esa división de funciones el Código Procesal Penal delega:

- a. Al *fiscal*, la dirección de la investigación de las infracciones perseguibles por acción pública (artículo 259 CPP) y,
- b. Al *juez de la instrucción*, el control de las actuaciones investigativas, particularmente de aquellas invasivas de los derechos fundamentales como el registro de moradas y lugares privados (artículos 180 y 181 CPP) y la imposición de medidas de coerción (artículo 222 CPP).

En este intercambio de roles se produce una nueva función de equilibrio entre las ramas del gobierno que representan al Estado en la relación procesal penal permitiendo que se respeten los principios basilares de transparencia e imparcialidad que caracterizan a un sistema procesal garantista. De ahí la importancia del control judicial en el procedimiento preparatorio y, a fortiori, en la etapa intermedia en la que el juez ejerce el control de la acusación de modo que no recaiga exclusivamente la decisión de someter al imputado a juicio sobre el ministerio público cuya única obligación jurisdiccional es la de procesar. El sistema garantista se caracteriza precisamente por la existencia de un control judicial sobre el ejercicio incondicional de la función fiscal.

En el nuevo proceso se distinguen dos fases en las que el juez de la instrucción¹ ejerce el control sobre la acción fiscal:

- I. El artículo 73 del CPP delega al juez de la instrucción: la competencia funcional:
 - a. **La fase preparatoria**, de naturaleza investigativa, dirigida a la adquisición de pruebas que conduzcan al fiscal a decidir sobre la procedencia de la instancia procesal. En esta fase el juez ejerce la labor niveladora de las garantías procesales examinando la legalidad de la labor ejecutada por los organismos encargados de la investigación. Su competencia funcional de control se extiende desde los actos iniciales del procedimiento preparatorio hasta la presentación de un acto conclusivo conforme a la reglamentación procesal.
 - b. **La fase intermedia**, de naturaleza jurisdiccional, constituida por los actos conclusivos y la audiencia preliminar cuyo propósito es pasar por el filtro del escrutinio judicial la decisión de ministerio público sobre el curso procesal a seguir en el caso concreto.² A esos efectos la fase intermedia ha sido definida como el “puente entre el órgano estatal

¹ El artículo 73 del CPP delega al juez de la instrucción: la competencia funcional:

- en la *fase preparatoria* a la resolución de las cuestiones en que la ley requiera su intervención como controlador del procedimiento preparatorio dirigido por el fiscal.
- en *fase intermedia* se le identifica como el director de la audiencia preliminar delegándole funciones gerenciales de esta instancia procesal.

Ello llama la atención a la dualidad de funciones del juez de la instrucción destacando la inferencia lógica de que, en primer lugar, no debe recaer sobre la misma persona la actuación en ambas competencias y en, un segundo plano, que debería hacerse una distinción administrativa a los fines de su identificación como Juez de la Instrucción Preparatoria y Juez de la Audiencia Preliminar. Ésta es la categoría adoptada por el Código de Procedimiento Penal italiano. La ausencia de esta distinción no tiene un efecto significativo dentro de la protección constitucional que garantiza un proceso imparcial ya que si el juez de la instrucción ha intervenido con anterioridad, a cualquier título, o en otra función o calidad o en otra instancia en relación a la misma causa, ello será motivo para su recusación de conformidad con lo dispuesto por el artículo 78 del CPP RD.

² Debe señalarse que el artículo 22 del CPP RD claramente establece *inter alia* que el juez no puede realizar actos que impliquen el ejercicio de la acción penal ni el ministerio público actos jurisdiccionales. (Ver también Art. 4 de la Constitución de la República Dominicana).

que investiga y el que habrá de juzgar” ya que establece una separación entre el que ejerce y promueve la acción penal y aquel a quien corresponde el enjuiciamiento y la resolución de la controversia³ según establecido en el artículo 22 del CPP RD. En esta fase se solidifica la posición del juez de la instrucción de tercero imparcial superpartes al cual corresponde la función decisional característica de la competencia judicial.

De modo que la reforma procesal opere sobre bases exitosas, se hace necesaria una capacitación formativa del juez de la instrucción sobre la naturaleza, alcance y extensión de la etapa intermedia, particularmente de la institución procesal de la audiencia preliminar que, sin lugar a dudas, constituye la novedad más relevante que se introduce en el ordenamiento procesal penal.

Como veremos en detalle a través del manual de capacitación, la figura del juez se convierte en el centro de la actividad procesal en la etapa intermedia. A los fines de que éste pueda descargar sus funciones de acuerdo con los principios que inspiraron la reforma y el cumplimiento con las obligaciones constitucionales que su cargo requieren, es deber del poder judicial ponerlo en la posición de llevar a cabo sus funciones mediante la capacitación instructiva no sólo de las formas estructurales a nivel procedimental sino del contenido sustantivo que es la esencia del proceso garantista adoptado por la legislación.

Asimismo, se hace indispensable que a los demás sujetos procesales a *fortiori*, el ministerio público y la defensa como actores protagonistas, se les capacite en el conocimiento y manejo de las instituciones procesales que componen la etapa intermedia.

Objetivos

Desarrollar competencias para el desempeño adecuado de los roles que corresponden a los diferentes sujetos procesales en la fase intermedia del proceso penal, tomando en consideración las exigencias de la dimensión constitucional y sustantiva de los procedimientos aplicables, haciendo especial hincapié en las habilidades y actitudes requeridas al Juez de la Instrucción, como garante de los derechos y garantías, y como gerente de la actividad procesal en todas las actuaciones de esta etapa del proceso sometidas a su control y resolución. La dilación por parte del fiscal en poner a disposición del imputado podría colocarlo en estado de indefensión a la vez que podría vulnerar el principio de lealtad procesal.

3 Frank Vecchionace, Oferta de Pruebas, en *Cuartas Jornadas de Derecho Procesal Penal*, Universidad Central de Venezuela, 2001, p.137.

VIII.2 La etapa intermedia: actos conclusivos y audiencia preliminar

VIII.2.1 La etapa intermedia

Bajo el modelo acusatorio la relación procesal penal opera sobre el equilibrio de las garantías. De ahí que permitir que la decisión de someter a un imputado a los rigores de un proceso penal no deba recaer sobre el criterio exclusivo del Estado acusador. Aun en respeto al principio de lealtad procesal (art. 134 CPP), de la legalidad de las actuaciones y al alcance de la investigación de conformidad con el art. 260 CPP, la decisión de acusar a tenor con el desarrollo de la fase preparatoria, es el resultado de la valoración que hace el fiscal de las pruebas obtenidas durante la investigación con el propósito de obtener una sentencia condenatoria.

El interés del Estado parte es, por tanto, sostener la acusación. Ahora bien, en el análisis de costos y beneficios tanto económicos como jurídicos, es también su interés evitar trastornos a la administración de la justicia que puedan tener el efecto de congestionar los calendarios de los tribunales con acusaciones frívolas o que puedan ser objetadas por causales impeditivas ya de naturaleza procesal o sustantiva. Es éste el caso de la sumisión a juicio de personas inimputables o incapaces procesales o situaciones en que surjan causas de exención, justificación o que extingan la acción penal. En el interés del imputado y, ciertamente, también del Estado democrático en función del ejercicio adecuado de la separación de poderes, se hace imprescindible la evaluación niveladora del control imparcial del juez para evitar que se someta de forma arbitraria e injustificada a una persona a los rigores del proceso criminal. Entiéndase no tan sólo en términos económicos sino en cuanto el costo social que implica la publicidad de los procesos en confrontación con la dignidad del individuo y la protección de su honra. Debe señalarse asimismo el interés de la víctima en que se reivindicquen sus derechos y le sean resarcidos los agravios sufridos más allá del interés puramente económico como resultado de los hechos delictivos, más aún la víctima confía en el ejercicio de una acción estatal conducente a la evaluación sancionatoria del ofensor.

De modo que se nivelen todos los intereses señalados, el sistema garantista recurre a un procedimiento transicional o etapa intermedia entre la investigación policial y la celebración del juicio oral mediante la cual se notifica a las partes, particularmente al acusado, de la naturaleza y causa de la acusación. En protección de estos intereses, recae sobre el juez de la instrucción la función de cernir la prueba del Estado mediante la celebración de una audiencia preliminar en la que pueda el juez escuchar las pretensiones de las partes intervinientes así como las objeciones y las alegaciones del imputado y examinar las pruebas que la sostengan. Este ejercicio de control sobre la instancia de la acción penal se ha calificado de filtro o cedazo con el propósito de ofrecer una autorización judicial para abrir el proceso formal de juicio.

VIII.2.2 Los actos conclusivos

Entre la etapa preparatoria y la intermedia se destacan los actos conclusivos de la investigación por parte del fiscal. El artículo 293 del Código Procesal Penal enumera como actos conclusivos de la fase preparatoria la solicitud fundamentada con elementos de prueba por el ministerio público de cualquiera de las siguientes alternativas:

- a. La apertura a juicio mediante la acusación.
- b. La aplicación del procedimiento abreviado mediante la acusación correspondiente.
- c. La suspensión condicional del procedimiento.

A pesar de que el legislador no lo incluyó como un acto conclusivo propiamente dicho, debe señalarse que el archivo por el ministerio público de las actuaciones preliminares según provisto por el artículo 281 del Código tiene el efecto jurídico de impedir la celebración del proceso, particularmente bajo los fundamentos dispuestos por los numerales 5, 6, 7, 8 y 9 que consideran como causal para el archivo: la existencia de eximentes de responsabilidad o de extinción de la acción, la conciliación o la aplicación de un criterio de oportunidad.

El archivo fundamentado en las situaciones provistas por los numerales 1, 2, 3 y 4, a saber insuficiencia de elementos para verificar la ocurrencia del hecho, existencia de algún obstáculo legal que impida el ejercicio de la acción, imposibilidad de individualizar al imputado o elementos de prueba insuficientes sin razonable posibilidad de incorporar nuevos, tiene como resultado impedir el desarrollo del proceso. Aunque la decisión de archivar recae sobre el fiscal, al tenor de los procedimientos establecidos por los artículos 282 y 283, ésta puede ser sujeta a examen judicial en una audiencia a solicitud de la víctima que haya intervenido en el proceso. La decisión judicial de confirmar o revocar el archivo es apelable.

De no variar las situaciones que suspenden el desarrollo del proceso, pasado el término prescriptivo de la acción o de no ejercer la víctima interviniente su derecho a objetar, el archivo tendrá como resultado eventual la conclusión de los actuaciones del fiscal.

Del examen de las alternativas señaladas por los artículos 281 y 293 podemos categorizar los actos conclusivos en función de sus efectos sobre la instancia procesal en:

- a. *Impedientes*: aquellos que impiden la instancia de la acción penal como es el caso de la existencia de causas eximentes de responsabilidad o de extinción de la acción penal, cuando el hecho no constituye conducta punible, se ha verificado la conciliación o se ha cumplido con las condiciones de oportunidad.
- b. *Suspensivos*: aquellos provistos por el art. 281 en los numerales 1 a 4 como causales de archivo que, de acuerdo con la voluntad legislativa, permiten su modificación de variar las circunstancias que lo sostienen. Entre éstos debe mencionarse también la naturaleza híbrida de la suspensión condicional del procedimiento ya que, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 42, la revocación de la medida conlleva la reanudación del proceso. El efecto jurídico de ambas situaciones es el de suspender el proceso ya mediante condición suspensiva o resolutoria.
- c. *Desencadenantes*: aquellos que tienen el efecto de poner en marcha la instancia de una acción penal como la solicitud de apertura a juicio o la aplicación del procedimiento abreviado mediante la acusación.

VIII.2.2.1 La solicitud de apertura a juicio mediante la presentación de la acusación

El artículo 294 del CPP RD otorga al fiscal la facultad de concluir la fase preparatoria con la presentación de la acusación cuando *estime que la investigación proporciona fundamento para someter a juicio al acusado*. Constituye, por tanto, un acto discrecional del ministerio público mediante el cual manifiesta formalmente su intención de dar inicio al proceso penal.

En este escrito se resumen los actos practicados durante la fase preparatoria y se somete al juzgador para su calificación jurídica mediante la evaluación de criterios formales y sustantivos de legalidad. La presentación de la acusación puede considerarse como desencadenante del primer acto jurisdiccional del proceso penal ya que será objeto de un examen judicial conducente a determinar su admisibilidad y el objeto del juicio.

VIII.2.2.2 Requisitos de contenido de la acusación

El artículo 294 requiere que la acusación contenga la siguiente información:

1. *Identificación del imputado*: Datos que sirvan para su individualización de modo que pueda establecerse la conexión clara del imputado con los hechos delictivos. Además de la obligación jurídica de señalar al autor que surge del principio sustantivo de la individualidad de la responsabilidad penal, el requisito de la identificación cumple una función procesal formal de dar a conocer las generales del imputado que permitan a la administración judicial proceder con las prácticas de notificación de la celebración de los procedimientos solicitados por el ministerio público al presentar la acusación.⁴
2. *Relación de los hechos imputados*: una descripción de los hechos punibles que se imputan. Particularmente el numeral segundo del artículo que se comenta establece que la relación de hechos debe ser precisa y circunstanciada con la identificación específica de la modalidad y formas de la participación del imputado.
3. *La fundamentación de la acusación con la descripción de los elementos que la motivan* de modo que se permita al juez aquilatar el alcance del acusación mediante un juicio de las probabilidades de éxito de la prueba a base de la consideración de su suficiencia.
4. *La calificación jurídica de los hechos* atribuida por el fiscal en la imputación de modo que el juez al evaluarla pueda determinar su procedencia ya admitiéndola u ordenando su modificación. Como surge de la disposición provista por el artículo 303, se faculta al juez

⁴ A propósito de notificación, la ley procesal penal italiana (art. 417 a)) requiere que en el pliego de acusación se incluyan también las generales de la víctima. El propósito de esta disposición radica en poner al juez en posición de poder proceder a notificarle a la víctima interviniente de los actos introductorios a la audiencia preliminar en el caso en que el ministerio público no cumpla con su obligación o ésta no sea manifiesta. Con el requisito de incluir la identificación de la víctima se garantiza a cabalidad con el cumplimiento de los derechos que la ley le concede y que forman parte de un proceso debido a la víctima. Debido a que la legislación dominicana se fundamenta sobre un sistema procesal tripartita, (entiéndase ministerio público- acusado-víctima) la práctica descrita constituiría una plausible solución de lege ferenda a virtud del cumplimiento con los artículos 296 y 297 del CPP RD que ponen sobre el ministerio público la obligación de notificar a la víctima, querellante y al actor civil. Asimismo el artículo 298 del CPP RD pone al secretario en posición de cumplir con la obligación de notificar a las partes sobre la disposición de los elementos de prueba y los términos para la celebración de la audiencia preliminar.

para que en la resolución ordenando la apertura a juicio pueda modificar la calificación otorgada por el fiscal cuando se aparte de la acusación. Ello evidencia la naturaleza jurisdiccional de la calificación jurídica del hecho, acto que compete al juez determinar y no al fiscal.

5. *El ofrecimiento de la prueba que pretende presentar en el juicio incluyendo la lista de testigos, peritos y todo otro elemento de prueba con la indicación de los hechos o circunstancias que se pretende probar, bajo pena de inadmisibilidad.* Con este requisito el ministerio público, particularmente en los casos en que solicita la apertura de juicio, ilustra que la imputación es fundada y su probabilidad de éxito. Conlleva, además, este requisito la obligación de motivar la decisión de instar la acción penal lo que constituye la justificación sustancial de la celebración del juicio.
6. *Solicitud para ordenar el arresto del imputado o la imposición de medidas de coerción* cuando el fiscal considere razonablemente que el imputado no comparecerá a la audiencia o al juicio. Aunque el artículo no hace referencia a ello, a virtud de la efectiva protección de las garantías constitucionales y procesales, surge que esta solicitud debe acompañarse de los fundamentos que la apoyan de modo que el juez aquilate la razonabilidad de emitir la orden.⁵

VIII.2.2.3 Los requisitos de la acusación como baluarte de la protección de los derechos del acusado

A pesar de que las disposiciones procesales relativas a la acusación no lo manifiestan así, el análisis de su función a la luz de la propia naturaleza del procedimiento acusatorio conduce a analizarla como una demanda dirigida al juez de la audiencia preliminar para que éste ejerza su facultad exclusiva de decidir la suerte del proceso. Entiéndase con ello que la determinación del juez sobre la necesidad de la solicitud del fiscal que acompaña a los actos conclusivos no es una decisión mecánica ni constituye un instrumento formal. Particularmente en el caso de la celebración de la audiencia preliminar para decidir sobre la apertura a juicio, la decisión judicial debe ser una fundamentada sobre garantías constitucionales. Tratándose esta institución procesal de un procedimiento de ley dirigido a asegurar un juicio imparcial, entra en juego la obligación constitucional del Estado plasmada en el artículo 8 (2) literal j⁶ de garantizar a las partes el

5 A pesar de que la imposición de medidas de coerción no es objeto de examen directo en este manual instructivo, a manera de comentario al margen debe señalarse la importancia de someter razones válidas que justifiquen ante el juez de la instrucción la decisión de restringir la libertad del imputado. En Puerto Rico la aplicación de medidas de coerción no proviene de una solicitud del Ministerio Público sino la decide el juez a base de recomendaciones de la Oficina de Servicios con Antelación al Juicio (OSAJ), un ente gubernamental adscrito al Departamento de Corrección y Rehabilitación que investiga sobre criterios de riesgo de incomparecencia y eventual supervisión en caso de que el imputado permanezca bajo la custodia y supervisión de la oficina.

Por disposición de ley, antes de imponer una medida de coerción el juez de la instrucción deberá contar con el informe de evaluación y recomendaciones que rinda la Oficina. La recomendación por un ente neutral, independiente del Ministerio Público, permite que el juez tome una decisión mediante resolución judicial en la que constan las obligaciones de las partes. La supervisión de los imputados que permanezcan bajo la custodia de la OSAJ está a cargo de trabajadores sociales y oficiales de seguridad quienes informan periódicamente al tribunal sobre el progreso del imputado. Este tipo de supervisión ofrece un mayor grado de confiabilidad al procedimiento evitando todo asomo de intervención fiscal en la imposición de la medida de coerción que permita vulnerar la presunción de inocencia.

6 *Nadie podrá ser juzgado sin haber sido oído o debidamente citado ni sin observancia de los procedimientos que establezca la ley para asegurar un juicio imparcial y el ejercicio del derecho a la defensa.*

cumplimiento con los elementos del debido proceso de ley, a saber: debida notificación, derecho a ser oído y al ejercicio de la defensa que se manifiestan en los requisitos formales del contenido de la acusación.

Una simple lectura del artículo 294 evidencia los propósitos fundamentales que movieron a la exigencia de los requisitos de la acusación, todos ellos con miras a proteger el derecho del imputado a su defensa, a saber:

1. La protección legislativa del derecho constitucional del imputado al ejercicio de su defensa consagrado en el artículo 8 (j) de la Constitución de la República así como en los documentos supranacionales.
2. La protección del derecho del imputado según consagrado en el artículo 95 CPP RD a ser informado del hecho que se le atribuye con todas las circunstancias de tiempo, lugar y modo, en la medida conocida, **incluyendo aquellas que sean de importancia para la calificación jurídica, un resumen de los contenidos de prueba existentes y las disposiciones que se juzguen aplicables.** (énfasis suplido.)
3. La consagración de los derechos a la contradicción de la prueba y al careo con el acusador; ambos consustanciales al debido proceso de ley, que caracterizan al sistema procesal acusatorio constitutivos de uno de los postulados fundamentales de la reforma procesal penal dominicana.

Con base en los derechos mencionados, el análisis de los requisitos de suficiencia de la acusación del artículo 294 nos lleva a las siguientes consideraciones: *Desde el punto de vista sustancial*, a excepción aparente de la identificación del acusado,⁷ más que de un cumplimiento estrictamente procesal con los requisitos de la acusación, éstos deben considerarse como de naturaleza jurisdiccional. Es decir, debe constituir causa de nulidad⁸ de la solicitud de apertura a juicio el incumplimiento con expresar en el contenido del acto de acusación los requisitos relativos a la calificación jurídica, las alegaciones de carácter fáctico y los medios de prueba toda vez que, no ofrecer al imputado la información requerida podría colocarle en estado de indefensión ya que se vería privado de la posibilidad de hacer alegaciones contra lo imputado y de ofrecer sus medios de prueba con la consecuente vulneración de su derecho a un debido proceso de ley.⁹

7 Se hace excepción de este requisito de conformidad con el artículo 96 del CPP RD que dispone *inter alia* que ... *La duda sobre los datos obtenidos no altera el curso del procedimiento y los errores pueden ser corregidos en cualquier oportunidad.* A pesar de esta disposición, entendemos que la ausencia de datos sobre el imputado en la acusación tiene el efecto de impedir la notificación de su presentación y vulnerar el debido proceso de ley tanto del imputado como de la víctima si no puede localizarse dentro de los términos establecidos por la ley. Sobre el particular la jurisprudencia italiana entiende que la ausencia de datos idóneos para la identificación del imputado en la solicitud de apertura de juicio paraliza los actos introductorios a la audiencia preliminar y está afectada de nulidad insubsanable por considerarse la notificación como un requisito indispensable del ordenamiento jurídico. Véase sobre el particular R. Bricchetti y L. Pistorelli, **L'Udienza Preliminare: Dall'avviso di conclusione delle indagini ai riti alternativi**, Milano: Il Sole 24 ORE, S.p.A., 2003, p.28.

8 Esta ha sido la posición de la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos así como del Tribunal Supremo de Puerto Rico a los efectos de que falta el debido proceso de ley al no notificar de la naturaleza y causa de la acusación así como no proveer copia de la misma incluyendo la lista de los testigos que el fiscal pretende utilizar. Este incumplimiento con el debido proceso de ley tiene como resultado la pérdida de jurisdicción del tribunal en el caso concreto. Sobre el particular véase, Resumil, *Mociones Privilegiadas*, Cap 22, Tomo 2, **Derecho Procesal Penal**, Tomo II, Loc. Cit., 1993, pp.151-164.

9 Para una discusión más amplia sobre el estado de indefensión en el proceso penal, véase E. Rafal Pérez y F. Chamorro Bernal, *El desarrollo del Proceso en Constitución y Garantías Procesales*, PARME, Santo Domingo, 2003, pp. 236-264.

Uno de los derechos fundamentales reconocidos por el sistema garantista es el derecho a la defensa. Privar al imputado de una notificación adecuada sobre la naturaleza y alcance de los cargos contenidos en la acusación así como de los medios de prueba que se utilizarán para sostenerlos, coloca al imputado en un estado de indefensión, más aún cuando la acusación constituye la primera confrontación formal y manifestación inequívoca de la intención del fiscal de procesar. Tanto es así que el propio legislador reconoce expresamente el derecho a la defensa del imputado en el art. 295 al disponer para la presentación de una acusación alternativa o subsidiaria cuando las circunstancias del hecho permitan calificaciones jurídicas distintas. De este modo el imputado podrá conocer las directrices sobre las cuales se dirigirá el eventual juicio oral y preparar su defensa.

Tomemos como ejemplo el requisito sobre la exposición del hecho punible en la forma exigida por la disposición del artículo 294. Éste pone de manifiesto la necesidad de expresar con precisión el contenido de la imputación y la forma de participación atribuida al imputado de modo que éste pueda tener los elementos de juicio necesarios para poder contestarla:

1. Mediante aquellas objeciones que aparecen obvias como sería, a vía de ejemplo, la existencia de causales de extinción de la acción penal;
2. Presentando prueba que pueda derrotar la imputación como sería, por ejemplo, una defensa de coartada o la inimputabilidad debida a incapacidad mental.
3. Mediante la oferta de prueba pericial.

Asimismo, la forma más adecuada de proteger el derecho al debido proceso es poniendo al imputado en conocimiento de la naturaleza y alcance de la acusación de modo que el imputado pueda colaborar con su defensa ya relatando hechos o identificando prueba documental o testifical que pueda contradecir las imputaciones del fiscal. Del mismo modo la relación del hecho punible y la expresión de la calificación jurídica según exigidas permiten al imputado hacer el análisis de la suficiencia de la imputación en relación con los elementos del tipo sustantivo.

Se apoya ulteriormente esta posición sobre el alcance de la decisión de modo que el juez de la instrucción pueda emitir su juicio sobre la suficiencia de la acusación, viene obligado a escuchar y aquilatar la posición de la defensa frente a la acusación. En este momento se hace preciso volver a resaltar que la audiencia preliminar es el primer acto judicial en el proceso por lo que la garantía constitucional a la confrontación con el acusador se entiende activada desde el momento en que se solicita la apertura a juicio con la presentación de la acusación y su incumplimiento podría conllevar la nulidad del proceso.

Desde el punto de vista procesal, una lectura conjunta de los artículos 298 y 299 conduce a concluir que el juez deberá tener conocimiento de las alegaciones de las partes con anterioridad a la celebración de la audiencia oral. Esta conclusión se deriva del diseño legislativo de los plazos para la presentación de las alegaciones y para fijar la celebración de la audiencia. El artículo 298 sobre la convocatoria a la audiencia preliminar dispone unos términos para la notificación de la celebración de la audiencia. De esta normativa procesal podemos analizar la función jurisdiccional de la acusación a virtud del equilibrio de las garantías que amparan a las partes. Veamos:

1. De conformidad con el artículo 298, a la presentación de la acusación el secretario deberá informar al ministerio público que, dentro los cinco días siguientes, debe poner a disposición de las partes para su examen los elementos de prueba reunidos en la investigación. Este término coincide con el plazo fijado por el artículo 299 para que la defensa conteste la acusación presentando sus objeciones u oponiendo excepciones, plantee cuestiones para la preparación del juicio y ofrezca los medios de prueba necesarios para resolver las cuestiones propias de la audiencia preliminar. En cuanto se refiere a la víctima, el artículo 296 dispone la obligación del fiscal de notificarle su intención de adherirse a la acusación o de presentar una propia en un lapso de tres días.
2. Conjuntamente con la notificación de la acusación, según la disposición del artículo 298, se convocará a las partes para la celebración de la audiencia preliminar que habrá de celebrarse dentro de un plazo no menor de diez días ni mayor de veinte.

Si analizamos los términos dispuestos en los artículos 298 y 299, surge que coinciden en establecer un plazo de cinco días a partir de la notificación de la presentación de la acusación, para que:

1. La defensa ejerza su derecho a contestar las alegaciones de la acusación presumiendo que en un lapso tan corto pueda analizarlas y hacer oferta de prueba en el caso que así lo estime necesario.¹⁰
2. El actor civil concrete sus pretensiones, indique la clase y forma de la reparación que demanda y liquide el monto de los daños y perjuicios sin perjuicio de ampliar las partidas y ofrezca la prueba para el juicio conforme a las exigencias señaladas en la acusación.¹¹

En el caso en que el querellante presente acusación, debe hacerlo dentro de los diez días siguientes a los tres días plazo para notificar al fiscal de su pretensión a tenor con el art. 296. La suma de los términos descritos le pone un lapso de trece días para la celebración de la audiencia preliminar a partir de la notificación que le hace el fiscal de que la acusación ha sido presentada. Aunque no existe una disposición expresa al efecto,¹² en el decursar de los plazos señalados, según vaya recibiendo las pretensiones de las partes, el juez deberá ir examinando las alegaciones y las ofertas de prueba así como las solicitudes que pueda hacer la defensa conforme a lo dispuesto en el artículo 299 en preparación para la celebración de la audiencia preliminar.

El análisis de las disposiciones demuestra que las mismas están fundamentadas sobre el principio del equilibrio de las garantías sobre el cual descansa el debido proceso de ley. Se destacan principalmente los principios de igualdad y contradicción que surgen de inmediato como parte de la protección al derecho a la confrontación. Nótese que la audiencia preliminar no se realiza de inmediato pues el debido proceso obliga a ofrecer a las partes, especialmente al imputado, el tiempo necesario para examinar las imputaciones y poder responder con alegaciones de hecho y de derecho, con ofrecimiento de los medios de prueba o levantando objeciones susceptibles de resolverse en la audiencia preliminar. De ahí que el artículo 298 establece un término mínimo de diez días desde la convocatoria para la celebración de la audiencia preliminar.

¹⁰ Artículo 299 CPP RD.

¹¹ Artículo 297 CPP RD.

¹² Por vía de ejemplo, el Código Procesal Penal de El Salvador en sus artículos 317 y 318 reglamenta el ofrecimiento de prueba, el examen y la admisibilidad de la misma por el juez con anterioridad a la celebración de la audiencia.

La fijación de este período permite asimismo al juez estudiar las alegaciones y prepararse para tomar una decisión informada y ponderada sobre las cuestiones que serán objeto de discusión en la audiencia preliminar.

Del mismo modo se aplica el debido proceso a la víctima en su carácter de parte en el proceso, la cual debe tomar posiciones sobre la adhesión a la acusación del fiscal o la presentación de una querrela y la constitución en parte civil.

Debe recordarse, además, que el ministerio público ha tenido todo el tiempo de la investigación para la adquisición y valoración de la prueba y ha contado con el auxilio de peritos forenses. A pesar de que no hay equiparación real o material entre las facilidades investigativas del Estado y las que pueda alcanzar el imputado no importa su condición económica; a virtud del principio de igualdad procesal, debe concederse al imputado un tiempo razonable dentro de los términos establecidos para obtener un defensor y poder preparar su defensa ante la acusación. El no conceder el tiempo razonable y suficiente al imputado pudiera vulnerar su derecho a la defensa según consagrado en el artículo 8 (2) (j) de la Constitución de la República Dominicana. La expresión de esta disposición a los efectos de que

Nadie podrá ser juzgado sin haber sido oído o debidamente citado ni sin observancia de los procedimientos que establezca la ley para asegurar un juicio imparcial y el ejercicio del derecho de defensa.

Se hace patente en la etapa intermedia y en la celebración de la audiencia preliminar cuyo propósito, como veremos en detalle, es precisamente determinar la existencia de indicios probables para someter a un imputado a los rigores del juicio oral.

VIII.3 La audiencia preliminar

Con la solicitud del fiscal de apertura a juicio como acto conclusivo se introduce en el procedimiento la institución de la audiencia preliminar como primer acto procesal de naturaleza jurisdiccional.

Por disposición del artículo 73 del CPP RD, la audiencia se celebrará ante el juez de la instrucción a quien corresponde dirigirla. Como vimos supra,¹³ si el juez que habrá de presidirla ha intervenido con la causa objeto de la audiencia, el mismo podrá ser recusado oralmente en la audiencia con la indicación de los motivos que la fundamentan y los elementos de prueba pertinentes. De acuerdo con las formalidades expresadas por el artículo 80 del CPP RD, se dejará constancia de los motivos de la recusación en el acta que se levantará de los procedimientos de la audiencia.

¹³ Véase al respecto nota número 1.

VIII.3.I Naturaleza y propósito de la audiencia preliminar

VIII.3.1.I La audiencia como instrumento garantista

Como hemos venido esbozando, la celebración de la audiencia preliminar cumple un propósito de cedazo judicial a las pretensiones de los acusadores, principalmente a las del ministerio público. Aunque bajo el principio de igualdad de las partes en el proceso, el control que ejerce el juez sobre la acusación tiene la finalidad principalísima de garantizar al imputado que no será sometido al juicio oral sin indicios probables de responsabilidad penal. Como vimos, en esta fase procesal la balanza se inclina hacia la protección del imputado que ha sido objeto de una investigación criminal de modo que pueda presentar su contención evitando vejámenes procesales y con la certidumbre de que será sometido al proceso del juicio sólo cuando exista una verdadera necesidad.

En esta etapa en que, como vimos, la decisión del Estado de acusar es definitiva pero no es el fiscal quien tiene la autoridad para iniciar la acción penal contra el acusado, sino el juez de la instrucción. Por tanto, compete a éste tomar una decisión informada sobre la existencia de bases razonables para sostener la acusación que, además, garantice:

Al imputado:

- a. La oportunidad de derrotar la acusación demostrando la inexistencia de responsabilidad por el delito imputado. Es decir, puede demostrar entre varias alternativas que los hechos no constituyen conducta delictiva, la existencia de una o varias causales de exención de responsabilidad y presentar prueba exculpatoria así como aquellas objeciones que impidan la celebración del proceso o su desarrollo.
- b. La protección de su dignidad y honra contra ataques abusivos por parte del Estado así con la exposición ante los medios de comunicación en audiencias públicas.
- c. La razonabilidad de las pretensiones del querellante.

A los ciudadanos que colaboran en el proceso como testigos o de alguna otra forma que serán objeto de un trato digno evitando que se disponga de su tiempo innecesariamente.

A la administración pública como medida de economía procesal que no se llevarán procedimientos frívolos de modo que se impida el gasto público innecesario así como de medio para dar paso a la actuación de los procedimientos alternativos.

A la víctima el derecho a intervenir y ser escuchada en el proceso penal

Por estas razones la audiencia preliminar no puede verse como un mero formalismo procedimental en el cual el juez se convierta en un mero facilitador de los acusadores para la instancia de la acción penal. La audiencia preliminar cumple una función de importancia para la garantía del debido proceso de ley de todas las partes en la relación procesal penal

VIII.3.1.2 Propósito formal: La sencillez de la audiencia preliminar

Si bien la audiencia preliminar es un acto judicial trascendental para el éxito del proceso penal, no constituye un juicio oral ni lo sustituye. **Se trata esta institución jurídica de un juicio a la acusación y no contra el imputado. Desde el punto de vista genérico se trata de un juicio sobre la admisibilidad de las pruebas y la consecuente suficiencia de la acusación, y específicamente de determinar la validez de las alegaciones que impidan la celebración del juicio oral, particularmente de aquellas de naturaleza jurídica.**

Expresamente establece el art. 300 que no se resolverán en la audiencia cuestiones que son propias del juicio. Por tanto, el juez no hace una determinación en los méritos del caso sobre la culpabilidad del acusado sino despeja el camino para evitar la celebración del juicio cuando la acusación sea injustificada, no descansa sobre fundamentos válidos, existan causas que impidan el proceso o se presenten solicitudes de medidas de desjudicialización para celebrar procedimientos alternos de resolución.¹⁴

En otras palabras, se destacará la viabilidad de la prueba acusatoria en confrontación con los reclamos del imputado. De ahí que en el artículo 300 el propio código defina los procedimientos de la audiencia en un ámbito de sencillez cuando le hace extensivas las reglas procedimentales del juicio. Se trata, pues, de una oportunidad que se ofrece al imputado para que, a base de un juicio de probabilidades de éxito, pueda impugnar la acusación previo a la celebración del juicio oral en una vista que evita que, sin ser oído, se ordene su enjuiciamiento.

VIII.3.1.3 Carácter obligatorio de la audiencia preliminar

La forma, contenido y desarrollo de la audiencia preliminar varía según las jurisdicciones que adoptan el sistema procesal acusatorio. En aquellas que adoptan el modelo adversativo, como es el caso de Puerto Rico, la celebración de la audiencia (vista preliminar) en primera instancia es optativa del imputado quien puede renunciar a la misma personalmente, por escrito o por mera incomparecencia.¹⁵ La renuncia tiene como efecto jurídico la determinación de causa probable para acusar con la autorización del juez para proceder a la presentación de la acusación y celebración del juicio presumiendo la aceptación de la acusación por parte del imputado. Ello no constituye, sin embargo, una presunción juris et de jure de renuncia pues, en nombre del debido proceso de ley, se puede demostrar mediante los recursos procesales disponibles, la justa causa impeditiva de la comparecencia y obligar al juez a celebrar la audiencia.

El código procesal penal italiano contempla la instancia del proceso penal sin la celebración de la audiencia preliminar previa renuncia explícita del imputado con solicitud de celebración inmediata del juicio oral mediante una declaración personal o por medio de su representación legal, presentada en la secretaría del tribunal. El imputado que opte por la renuncia deberá notificarla

¹⁴ Es interesante a estos efectos la definición que de la audiencia hace el código procesal ecuatoriano al describir a la audiencia preliminar en su artículo 228 como una diseñada para permitir a las partes presentar sus alegaciones con respecto a la existencia de requisitos de procedibilidad o de cuestiones prejudiciales, competencia y cuestiones de procedimiento que puedan afectar la validez del proceso.

¹⁵ Véase O. E. Resumil, **Práctica Jurídica de Puerto Rico, Derecho Procesal Penal**, Tomo I, Cap. 15, *La Vista Preliminar*, Lexis-Nexis, 1990, suplementada.

a la víctima y al Ministerio Público¹⁶. De otra parte contempla la celebración de la audiencia preliminar en ausencia del imputado cuando se ausenta o no comparece voluntariamente. En estos casos se declara el estado de rebeldía.¹⁷

En ambas jurisdicciones la vista que se celebra en ausencia está permeada por las garantías constitucionales de debido proceso en cuanto se garantiza al imputado que estará representado por un abogado quien velará porque los procedimientos se lleven a cabo conforme al respeto de los derechos constitucionales que le asisten al imputado. Corresponde asimismo al juez de la instrucción o de la audiencia preliminar la obligación de velar por el respeto de las garantías.

La legislación dominicana no contempla el acto de renuncia por parte del imputado ni la celebración de la vista en rebeldía. Del examen del artículo 300 del CPP RD surge que, al igual que en la mayoría de las jurisdicciones latinoamericanas,¹⁸ la celebración de la audiencia preliminar es obligatoria. Este carácter compulsorio se confirma con la disposición del artículo 101 del CPP RD en cuanto distingue de los efectos de la rebeldía del imputado sobre la continuación de los procedimientos en la fase preparatoria y en la intermedia. De conformidad con este artículo, declarada la rebeldía, el procedimiento preparatorio puede continuar en su ausencia hasta presentarse la acusación. Una vez presentada, no podrá celebrarse la audiencia preliminar en ausencia del imputado.

Esta expresión legislativa denota la importancia de la audiencia preliminar como determinante del desarrollo del proceso y, naturalmente, de la instancia de la acción penal. Releva una vez más la naturaleza garantista de la institución procesal como la primera ocasión en que se garantiza el derecho a la confrontación con el consustancial derecho a estar presente. Bien hubiera podido el legislador dominicano adoptar una posición como la puertorriqueña y la italiana¹⁹ en las que se procede a la autorización judicial a la apertura a juicio y su celebración en previsión de los derechos de la sociedad a que se proceda al rápido enjuiciamiento del imputado y de la víctima a ser reivindicada.²⁰ Nos preguntamos si el alcance del reconocimiento por el derecho dominicano

16 Artículo 419 (5) del Código de Procedimiento Penal.

17 Arts. 419 y 420 quater del Código de Procedimiento Penal.

18 Véase en: Chile, art. 269; Venezuela, art.332; Costa Rica, art. 318, El Salvador, art.319. A diferencia del Código Procesal Penal dominicano, las disposiciones citadas no hacen alusión a la presencia obligatoria del imputado. Sí señalan que en ausencia del fiscal y el defensor, éstos serán sustituidos lo que lleva a concluir que podría celebrarse sin la presencia del imputado. El art 300 CPP RD por su parte dispone para una celebración posterior:

Por su parte el Código de Procedimiento Criminal italiano, mediante enmiendas posteriores a la publicación y con base en la experiencia práctica de once años, introdujo en los artículos 420 (bis,ter,quater y quinquies) procedimientos para la investigación de la ausencia del imputado y las razones para la misma, la declaración de contumacia y la celebración de la audiencia preliminar en ausencia del imputado con la garantía de la representación legal.

Esta solución fue adoptada en 1987 por la jurisprudencia puertorriqueña en el caso de la incomparecencia injustificada del imputado a la celebración de una segunda vista dispuesta por legislación para que el fiscal pueda presentar ante un nuevo juez la prueba para obtener la autorización judicial que éste entiende procedente en una vista independiente que no constituye un recurso de revisión. En *Pueblo v. Méndez Pérez*, 120 D.P.R. 137, el Tribunal Supremo de Puerto Rico resolvió que la garantía constitucional al debido proceso de ley exige la celebración en ausencia de la vista preliminar en alzada cuando previamente han sido rechazadas las pretensiones del fiscal por la autoridad judicial.

19 La experiencia italiana merece atención en cuanto a los efectos de la rebeldía se refiere. Esta alternativa de celebración en ausencia se hace formar parte del esquema procesal mediante una enmienda al ordenamiento en el año 1999 en previsión de la impunidad resultante de la suspensión del proceso hasta tanto el imputado contumaz compareciera. Las disposiciones relativas a la prescripción del delito o de la pena permitían que el imputado se ausentase fraudulentamente para evitar ser procesado. Véase sobre el particular www.impegnoperlalegalita.it/be.htm

20 En este caso se alude a la legislación italiana que reconoce a la víctima como parte en el proceso con derecho a intervenir como querrelante. En Puerto Rico la víctima no se considera parte interviniente en el proceso adjudicativo pero tiene derecho a ser oída y considerada su posición en la toma de decisiones por parte del Estado sobre la instancia de la acción penal.

de la víctima interviniente como parte en el proceso en igualdad de condiciones, le permitiría reclamar su derecho a ser oída solicitando la celebración de la audiencia preliminar²¹ en ausencia injustificada del imputado, o cuando se posponga a causa de tácticas dilatorias por parte de éste, como propedéutica a la apertura del proceso.

VIII.3.1.4 Naturaleza pública de la audiencia preliminar

El artículo 298 del CPP como expresión legislativa de los postulados que inspiraron la Reforma Procesal Penal, define a la audiencia preliminar como un acto procesal oral y público. Aunque no define el alcance de la publicidad, la expresión en el artículo 300 sobre el desarrollo de la audiencia a que *en cuanto sean aplicables rigen las reglas del juicio, adaptadas a la sencillez de la audiencia preliminar*, nos lleva mirar a la extensión de las disposiciones que proveen las reglas para la publicidad del juicio como aplicables a la institución que se comenta, particularmente a la aplicación de las disposiciones de los artículos 308 y 309 del CPP que abren al público las sesiones de tribunal y permiten la participación de los medios de comunicación con la utilización de equipos técnicos de grabación. En ambas situaciones, dentro de los límites legislativos, el alcance de la publicidad será determinado por el tribunal en su calidad de regulador de la solemnidad del proceso.

VIII.3.1.5 Base constitucional del requisito de publicidad

El artículo 8 (2) literal j de la Constitución de la República Dominicana dispone inter alia que:

... Las audiencias serán públicas, con las excepciones que establezca la ley, en los casos que la publicidad resulte perjudicial al orden público o las buenas costumbres.

Aunque algunos comentaristas entienden que la garantía de publicidad aplica tan sólo al acto del juicio²², su aplicabilidad a través del debido proceso de ley en la expresión legislativa del artículo 298, le ofrece a las partes esta protección constitucional. Además, bien podría interpretarse la utilización del vocablo audiencia como utilizado por el constituyente para comprender toda vista de naturaleza judicial que, como la audiencia preliminar tiene el propósito de adjudicar la suficiencia de las pretensiones acusatorias para determinar la seriedad de las mismas y la procedencia de la instancia de la acción penal.

VIII.3.1.6 Alcance de la publicidad del proceso

La garantía de publicidad se cristaliza en dos vertientes:

- I. En sentido estricto, como contraria a la secretividad de las pruebas ofreciendo al imputado la oportunidad de conocer el desarrollo y resultado de la investigación criminal desde

21 En el *Breve Esbozo Histórico de la Legislación Procesal Penal en la República Dominicana* que antecede a la edición del Código Procesal publicado por la FINJUS en 2003, p. 33, se plantean como dos presupuestos básicos (1) la concretización de los principios constitucionales que rigen el procedimiento y (2) los derechos fundamentales de las víctimas y la participación activa de los operadores del sistema judicial, la ciudadanía y los poderes públicos.

22 Olivo Rodríguez Huertas y Fernando Campo Antoñanzas escriben en su ensayo *Manifestaciones concretas de garantías del Proceso II*, en **Constitución y Garantías Procesales: Manual Práctico para el Ejercicio de la Defensa**, loc. cit, p. 362 que *... La publicidad no es aplicable a todo el proceso, a todas sus fases, sino tan sólo al acto del juicio oral, en que su falta está sancionada con la nulidad del juicio.*

etapas procesales tempranas de modo que pueda ir preparando su defensa y hacer efectivo su derecho a la contradicción.

2. *En sentido amplio*, garantiza la claridad y justicia que permea al sistema a través de la apertura de los procesos en contraposición con la absoluta secretividad de los procedimientos de investigación hasta la adjudicación final de la responsabilidad en el juicio²³.

El cumplimiento del principio fundamental que permea el derecho al juicio público en función de la transparencia procesal como pilar del sistema garantista no constituye de por sí una obligación absoluta de abrir los procedimientos a la publicidad. Así se reconoció como cuestión de derecho:

1. Por el constituyente al establecer sus límites en la preservación del orden público y las buenas costumbres; y
2. Por el legislador ordinario al permitir que a petición de parte o motu proprio, el tribunal decida mediante resolución motivada que se realice total o parcialmente a puertas cerradas cuando:
3. Se afecte directamente el pudor, la vida privada o la integridad física de alguno de los intervinientes;
4. Peligre un secreto oficial autorizado por ley, o un secreto particular, comercial o industrial, cuya revelación indebida resulte punible.²⁴
5. Restringiendo por disposición del artículo 310 del CPP RD el acceso de menores de doce años que no estén acompañados por un mayor de edad responsable, militares o policías uniformados a menos que cumplan funciones de vigilancia o custodia o personas que porten distintivos gremiales o políticos.
6. Restringiendo mediante facultad del juez de la instrucción el número de personas a ser admitidas en atención a las condiciones de espacio y el mantenimiento del orden.

Asimismo se condiciona la publicidad y se limita el acceso a los medios de comunicación a discreción del tribunal, que tiene la facultad de prohibir mediante auto debidamente fundamentado a reproducir mediante medios electrónicos cuando ocurran las circunstancias arriba señaladas o se limite el derecho del imputado o la víctima a un juicio imparcial y justo²⁵.

23 O. E. Resumil, Proceso Penal Garantista: Modelo Adversativo, Sistema Acusatorio Angloamericano y Debido Proceso de Ley, www.centrointeramericano.org, 2002.

24 Artículo 308 CPP RD.

25 Artículo 309 CPP RD.

VIII.3.1.7 Obligaciones del juez de la instrucción

Nótese que las limitaciones jurisdiccionales que se imponen a la publicidad del proceso radican en la protección de los derechos humanos reconocidos por los pactos internacionales y aquellos constitucionales a la intimidad, dignidad, integridad personal, a la protección de ataques contra la honra y reputación de las personas intervinientes. Estos derechos se confrontan con el derecho a la libertad de información que poseen los medios por lo que el juez de la instrucción al hacer su decisión de limitar la publicidad en la audiencia deberá actuar como juez de control de las garantías y estar vigilante a la protección de los derechos en conflicto. Ello requiere de éste una actitud vigilante y del mantenimiento de la imagen de imparcialidad que su cargo requiere.

Debe actuar, por tanto, en una función dual como gerente de la audiencia y como garante de los derechos de las partes. En el primer caso manteniendo la solemnidad que el procedimiento judicial merece ejerciendo control y orden en la sala poniendo atención a cualquier manifestación de conducta que pueda alterarlo. Por ejemplo, siguiendo el patrón diseñado por el legislador, no deberá permitir que tengan acceso al salón de audiencias familiares, amigos o seguidores de la víctima o de los medios de comunicación que porten distintivos de apoyo a éstos y manifiesten su furor contra el imputado aun en forma silenciosa o actitud pasiva.

El juez debe recordar que en una sesión pública estará en la mira de la ciudadanía y podrá ser objeto de críticas por los medios de comunicación por lo que, deberá conocer los pormenores del caso, tomando en consideración las alegaciones que hayan presentado las partes y motivar su decisión de acuerdo a los hechos y al derecho aplicable. Toda posición tomada o actitud ejercida será objeto de escrutinio de la imagen de la justicia por él representada.

En cuanto a permitir el uso de equipos técnicos de grabación por parte de los medios de comunicación, el juez deberá aquilatar la razonabilidad de esta intervención en la audiencia preliminar; tomando en consideración el efecto que puede tener sobre los derechos de las partes y la eventual celebración del juicio oral. Entendemos que la aplicación de la reglamentación existente para el juicio debe limitarse en consideración al objeto de discusión en la audiencia preliminar. La propia naturaleza de los procedimientos que se llevan a cabo en su función de depuración de controversias jurídicas y de la admisibilidad de las pruebas ofrecidas debe ser objeto de análisis en contraposición con el interés de los medios en el procedimiento y el conocimiento que tenga el periodista sobre la función de la audiencia. Debe recordarse que la información que se transmita a través de los medios está sujeta a la interpretación del comunicador. Una interpretación equivocada puede vulnerar la integridad del ordenamiento jurídico y su finalidad.

VIII.4 Actos introductorios

VIII.4.1 Obligación de notificación y convocatoria

Como vimos, cuando el fiscal decide presentar la acusación deberá notificar al querellante, a la víctima que haya solicitado ser informada de los procedimientos y al actor civil de modo que manifiesten sus pretensiones.²⁶ Una vez presentada, es deber del secretario notificar a las partes

²⁶ Artículos 296 y 297 del CPP RD.

e informar al ministerio público de su obligación de poner a disposición para examen por las partes los elementos de prueba reunidos durante la investigación. La notificación conlleva el aviso referente al término de tiempo del cual dispone para el examen coincidiendo con el plazo de cinco días prescrito por el art. 299 del CPP RD para presentar la contestación de la defensa.

Además de la notificación reseñada, en el mismo acto se convoca a las partes a la celebración de la audiencia preliminar:

VIII.4.2 Fijación de los términos para la celebración de la audiencia

El artículo 298 contiene unos términos directivos para la celebración disponiendo un plazo no menor de diez días ni mayor de veinte que debe entenderse comienzan a contar a partir del recibo de la notificación. Aunque no aparece una disposición expresa a ese efecto, la lógica jurídica conduce a la inferencia de que la convocatoria deberá tener una fecha cierta por lo que deberán tomarse en consideración para su fijación los siguientes factores:

1. Un período razonable para el diligenciamiento de la notificación.
2. El tiempo necesario para que el imputado pueda procurarse un defensor de su elección y consultarlo.
3. En el caso que lo tenga o se le provea un defensor público, ofrecerle la oportunidad para examinar la acusación y la oferta de pruebas del fiscal.

Los últimos dos factores son de consideración compulsoria toda vez que se refieren al derecho constitucional a la asistencia técnica que ampara al acusado según plasmado, *inter alia*, en el artículo 111 del CPP RD, en el pronunciamiento a los efectos de que **El imputado tiene el derecho irrenunciable a hacerse defender desde el primer acto del procedimiento por un abogado de su elección y a que si no lo hace se designe de oficio un defensor público.**

Con la advertencia en su oración final a los efectos de que **la inobservancia** de esta norma produce la nulidad del procedimiento.

Ya que la audiencia preliminar tiene, entre otros, el propósito de que el juez determine la admisibilidad de las pruebas que se habrán de debatir en el juicio oral, la fijación de la fecha de celebración debe hacerse en respeto al derecho a la defensa y a la contradicción no sólo para fines de la audiencia preliminar sino en consideración de su protección en el juicio.

Como correctamente señala Vecchionacce,²⁷ *este contradictorio tiene como propósito dentro de la fase intermedia, el examen y enjuiciamiento del resultado de la investigación manifestada como colofón en la acusación y, junto con esto, establecer si es procedente la apertura del juicio oral.*

27 Oferta de Pruebas, Cuartas Jornadas de Derecho Procesal Penal, Universidad Central de Venezuela, 2001, pp.133-162.

VIII.4.3 Alcance constitucional de los términos y el rol del juez de la instrucción

La labor del juez de la instrucción en esta etapa es observar los procedimientos dispuestos por el legislador para garantizar la imparcialidad del juicio aquilatando las alegaciones no sólo de las partes acusadoras sino también las del imputado. La mejor forma de hacerlo para el juez de la instrucción es garantizando que la facultad de oposición que la ley le concede al imputado sea en el ejercicio pleno de su derecho a la defensa. Como vimos, esta consideración debe ser tomada al determinarse la fecha de celebración de la audiencia preliminar. A virtud de las protecciones constitucionales hasta ahora discutidas y de acuerdo a la complejidad de las alegaciones y los medios de prueba que se ofrezcan, los términos para fijación de la audiencia deben considerarse directivos ya que tanto las partes como el juez deben contar con un tiempo razonable para estudiar las alegaciones y para preparar sus alegatos. El hecho de que la normativa dispuesta en el artículo 301 sobre la resolución en la audiencia preliminar sea a los efectos de que el juez resuelva **inmediatamente todas las cuestiones planteadas** no significa que la decisión de ordenar o no la apertura a juicio sea impetuosa o intempestiva. Por el contrario, la decisión del juez de la instrucción como juez de control de las garantías en esta fase procesal es clave para la celebración de un juicio justo. La protección del derecho a la confrontación requiere de un escrutinio judicial razonado de los fundamentos que sustentan las pretensiones de las partes.

VIII.4.4 Efectos procesales de defectos en el procedimiento de notificación

La notificación se convierte en un instrumento de debido proceso de ley según viéramos supra, a la sección 1.3.1, toda vez que marca el inicio de los términos, al parecer perentorios, de la celebración de la audiencia preliminar según lo dispuesto por el artículo 298. A la luz de los derechos constitucionales de las partes, un examen de los artículos 293 a 299 lleva a concluir que la notificación es un acto procesal trascendental en la protección del debido proceso de ley, particularmente en el ejercicio del derecho a la defensa del imputado. No obstante, el legislador no impuso sobre el ministerio público la obligación de notificarle directamente, sino que delega al secretario del tribunal la obligación de notificar a las partes de la presentación la acusación a la vez que informa al ministerio público que debe poner a disposición de las partes para su examen los elementos de prueba en un plazo de cinco días. De la lectura del artículo no surge si la obligación es de mantener las pruebas disponibles durante cinco días o si puede ponerlas en cualquier momento dentro de los cinco días siguientes a recibir el aviso. Con base en el principio de lealtad procesal, debemos entender que la voluntad legislativa responde a la primera opción. Es por tanto una obligación jurídica del ministerio público velar porque no se dilate el ejercicio del derecho del imputado a la defensa y a la contradicción conforme lo dispone el artículo 8 (2) literal j de la Constitución de la República al declarar:

Nadie podrá ser juzgado sin haber sido oído o debidamente citado ni sin observancia de los procedimientos que establezca la ley para asegurar un juicio imparcial y el ejercicio del derecho a la defensa.

La dilación por parte del fiscal en poner las pruebas a disposición del imputado podría colocarlo en estado de indefensión a la vez que podría vulnerar el principio de lealtad procesal. Tomemos por ejemplo el caso en que el fiscal ponga las pruebas a disposición del imputado al quinto día de la notificación. Ello no dejaría tiempo útil al imputado para poder preparar su estrategia de defensa dentro de los términos prescritos.

El cómputo de los términos dispuestos por los artículos que se comentan plantea cuestiones relativas a la protección de los derechos de las partes, particularmente del imputado quien debe examinar los elementos de prueba que acompañan la acusación y la solicitud de apertura a juicio que, como vimos, es un requisito de la acusación. Es precisamente del examen de éstas que surgirán las objeciones que pueda tener y que habrá de contestar el imputado. En respeto a su derecho a la defensa y a la contradicción, el término deberá considerarse que comienza a decursar a partir del cumplimiento del fiscal con su deber de poner las pruebas a disposición de las partes, término que coincide con el fijado para presentar la posición de la defensa contra la solicitud de apertura a juicio.

El incumplimiento con los procedimientos formales de notificación y convocatoria podrían afectar el desarrollo del proceso. Este procedimiento y convocatoria debe ajustarse no sólo a los términos legales sino a los elementos del debido proceso de ley contenidos en el artículo 8 2 literal j de la Constitución que expresamente alude a que **Nadie podrá ser juzgado sin haber sido ... debidamente citado.** Como elemento constitutivo del debido proceso de ley, la frase debidamente citado no solamente alude al cumplimiento estrictamente formal con los términos de ley sino a ofrecer al imputado la oportunidad de ser oído y poder preparar su defensa. El procedimiento dispuesto para la notificación del imputado contrasta con el diseñado para el querellante en el artículo 296. A éste se le notifica por el ministerio público ofreciéndosele un término de tres días para decidir adherirse a la acusación, a partir de los cuales tendrá otros diez días para presentar ante el juez de la instrucción una acusación independiente. Esta disparidad da lugar a cuestionar a la luz del principio de igualdad procesal la oportunidad que tiene la defensa para buscar prueba contradictoria frente al derecho de la víctima que, sin duda, se beneficia del producto de la investigación de fiscal. De ahí que, en ausencia de legislación expresa sobre términos para el diligenciamiento de la notificación, se deba tomar en consideración para la fijación de la convocatoria no tan sólo el cumplimiento literal con los plazos sino el tiempo real que, a la luz del caso concreto, haya tenido el imputado para examinar los elementos de prueba junto con su defensor.

Se debe por tanto ofrecer, primordialmente al imputado, el tiempo necesario para que pueda ejercer, en forma adecuada, su derecho a defenderse obteniendo aquella prueba que pueda derrotar la probabilidad de ser procesado. Surge como corolario que los términos establecidos de por los menos diez días y no más de veinte para la celebración de la audiencia preliminar deben ser contados a partir del diligenciamiento efectivo de la notificación y en consideración de circunstancias tales como:

1. El momento real en que el ministerio público ha puesto a disposición las pruebas para examen.
2. La complejidad de los hechos punibles.

3. Si hay pluralidad de imputados.
4. La situación jurídica del imputado, es decir, si está en libertad o en detención preventiva.
5. Si han sido debidamente notificadas las partes.
6. Si ya ha habido participado el imputado en algún acto de la investigación preparatoria.

VIII.4.5 Obligaciones del ministerio público

Del análisis precedente surge la obligación del ministerio público de ser diligente en el cumplimiento con los requisitos legales de notificación debida y disposición de los elementos de prueba. Debe tener en mente que, en virtud de la obligación de lealtad procesal debe velar por los intereses y derechos de las partes, particularmente aquellos que se garantizan al imputado.

VIII.4.6 Derechos del imputado: la respuesta a la acusación

Con la presentación de la acusación y la solicitud de apertura a juicio se concreta la posición inequívoca del Estado de instar la acción penal. Como hemos discutido, este acto procesal obliga a la celebración de la audiencia preliminar poniendo en marcha la verdadera relación procesal contradictoria. La audiencia preliminar tiene como objetivos procesales generales la determinación judicial sobre la admisibilidad de las pruebas y la suficiencia de la acusación. Para ello tendrá el juez de la instrucción que determinar la validez de las alegaciones de los acusadores tomando en consideración las objeciones que tenga el imputado en garantía de su derecho constitucional a ser oído conforme a la disposición del Artículo 8 2 literal j de la Constitución de la República Dominicana.

A esos efectos el artículo 299 ofrece al imputado la facultad de contestar a las alegaciones de la acusación dirigiendo al juez sus consideraciones sobre lo alegado en el acto de acusación. Los planteamientos deben ser aquellos propios de la audiencia²⁸ dirigidos de forma tal que los fundamentos que sostienen las objeciones y solicitudes aparezcan claros de su faz de modo que permitan al juez resolverlos a tono con los propósitos de la audiencia preliminar.

A tenor con el artículo que se comenta, el legislador, en protección del derecho del imputado a un debido proceso de ley en sus tres elementos (notificación debida, oportunidad de ser oído y derecho a la defensa) facultó al imputado para presentar ante el juez su posición sobre las alegaciones de la acusación. El artículo ilustra varias situaciones que permiten al imputado manifestarse en el acta de contestación. Utilizamos expresamente el verbo ilustrar ya que la situación provista por el numeral 8 abre las puertas a que el imputado pueda plantear cuestiones adicionales a las enumeradas que permitan una mejor preparación del juicio.

Las posiciones que podrá adoptar el imputado para responder a la acusación pueden clasificarse como:

²⁸ Deben tomarse como norte los propósitos de la audiencia preliminar y no convertirla en un mini-juicio. A estos efectos el legislador hizo clara expresión en el artículo 300 del CPP RD a los efectos de que el juez debe estar vigilante a que no se pretenda resolver cuestiones propias del juicio.

1. Solicitudes relativas a la determinación de la condición jurídica del imputado durante el proceso.
2. Solicitud para la aplicación de procedimientos alternativos.
3. Solicitud para que se dicte acto de no ha lugar a la apertura a juicio.
4. Objeciones y planteamientos contra la acusación.
5. Oferta de pruebas.

La facultad provista al imputado por este artículo para enfrentar la acusación tiene como propósito, como señala Vecchionacce²⁹,

Depurar el camino para que la audiencia preliminar se realice sin contratiempos y queden preparadas las condiciones más apropiadas para que el juez de la instrucción³⁰ tome la decisión que corresponda.

VIII.4.6.1 Solicitudes relativas a la condición jurídica del imputado durante el proceso

Al exponer su posición frente a la acusación, el imputado podrá solicitar al juez de la instrucción una revisión de su condición procesal de conformidad con lo expresado en el numeral 5 del artículo 299. Esta revisión consiste en el cese o modificación de la medida cautelar ya impuesta y se permite en la audiencia preliminar de conformidad con las disposiciones del artículo 238 según el cual

Salvo lo dispuesto especialmente para la prisión preventiva el juez, en cualquier estado del procedimiento, a solicitud de parte o de oficio en beneficio del imputado, revisa, sustituye, modifica o hace cesar las medidas de coerción por resolución motivada, cuando así lo justifique la variación de condiciones que en su momento la justificaron.

Asimismo el artículo 240 provee para la revisión de la detención preventiva a petición del imputado **en cualquier momento del proceso**. De surgir las condiciones previstas por el artículo 241 que expresa las situaciones en que se declarará el cese de la prisión preventiva, el imputado podrá utilizar la audiencia preliminar como un mecanismo procesal para cuestionar la legalidad de su detención.

Ahora bien, en ambas ocasiones debe observarse la normativa procedimental aplicable respecto a los plazos de celebración dependiendo de la naturaleza de la medida de coerción previamente impuesta al imputado. De tratarse de una medida de coerción que no implique la prisión preventiva, el lenguaje del artículo 238 sugiere que la decisión judicial sobre la solicitud podrá esperar a la celebración de la audiencia preliminar. Dispone el párrafo segundo de dicho artículo que

²⁹ Op.cit., pág. 141

³⁰ Nos hemos tomado la libertad de sustituir el término juez de control utilizado en el texto original con el que se denomina al juez de la audiencia preliminar a tenor con el ordenamiento procesal venezolano.

... previo a la adopción de la resolución, el secretario notifica la solicitud o decisión de revisar la medida todas las partes intervinientes para que formulen sus observaciones en el término de cuarenta y ocho horas, transcurrido el cual el juez decide.

En este caso, tratándose de un imputado que goza de libertad provisional, correspondería resolver la solicitud como parte de las cuestiones que son objeto de resolución en la audiencia preliminar:

En lo que se refiere al requisito de notificación a las partes con derecho a objetar, entiéndase además del ministerio público, a la víctima interviniente y el querellante, como medida de economía procesal, bien podrá el secretario, previa consulta con el juez, notificarles al recibo de la solicitud de modificación.

En el caso de que la solicitud relativa a la condición procesal del imputado se refiera al cese de la prisión preventiva, si bien es cierto que puede solicitarse como parte de la contestación del imputado a la acusación y en previsión de la celebración de la audiencia preliminar; debido a lo perentorio del término para resolverla, de acuerdo con la disposición del artículo 239 debería celebrarse la vista en un término de 48 horas contadas a la presentación de la solicitud. En este caso no podrá esperarse a la celebración de la audiencia preliminar que, como vimos, debe realizarse en un término no menor de diez días.

VIII.4.6.2 Solicitud para la aplicación de un procedimiento alternativo

En evidente aplicación del principio de oportunidad, de acuerdo con los numerales 3 y 6 del artículo 299, el imputado podrá solicitar la suspensión condicional del procedimiento o la aplicación del procedimiento abreviado.

En el primer caso y de conformidad con la disposición del artículo 40 del CPP RD, se podrá pedir por el imputado la suspensión condicional del procedimiento en cualquier momento previo a que se ordene la apertura del proceso. De solicitar la aplicación de esta medida como parte de su contestación a la acusación, el imputado deberá cumplir con los requisitos de dicho artículo, a saber:

1. Admitir los hechos imputados.
2. Haber reparado los daños causados en ocasión de la infracción.
3. Haber firmado un acuerdo con la víctima o prestado garantía suficiente para cumplir con esa obligación.

En el caso de que el imputado en su contestación presente una solicitud para la aplicación del procedimiento abreviado, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 366 la misma sólo podrá ser resuelta por el juez de la instrucción si se basara en un acuerdo pleno ya que en el caso de acuerdos parciales, la disposición establece que la resolución es de competencia exclusiva del juez del juicio. En conjunción con lo dispuesto por el artículo 73, la lectura de ambos artículos

declara como competencia funcional del juez de la instrucción en relación con este procedimiento la de **dictar sentencia conforme a las reglas del procedimiento abreviado**.

Aunque la solicitud de la aplicación del procedimiento abreviado proviene del imputado, de modo que se cumpla con el principio de economía procesal, en cumplimiento con los requisitos impuestos por el artículo 363 deberá acompañar con su solicitud alegaciones que sostengan las condiciones previstas, a saber

1. Admitir el hecho atribuido;
2. Que el mismo conlleva una pena máxima igual o inferior a cinco años de pena privativa de libertad o una sanción no privativa de libertad;
3. Presentar un acuerdo sobre el monto y tipo de pena así como sobre los intereses civiles;
4. Presentar un escrito bajo la firma del defensor donde se acredite que el imputado ha prestado su consentimiento voluntario e inteligente sobre todos los puntos del acuerdo.

La reglamentación procesal de los artículos 301³¹ y 364 vislumbra que la audiencia a que se refiere, por su estructura procesal, puede muy bien ser la audiencia preliminar. De ahí que no sólo deba mirarse a la conveniencia de ofrecer con la solicitud los fundamentos que la sostienen de modo que el juez pueda evaluar los fundamentos en que se apoya para luego escuchar las pretensiones de las partes que, de acuerdo con sus derechos deberán ser notificados de la solicitud del imputado.

VIII.4.6.3 Solicitud para que se dicte auto de no ha lugar a la apertura a juicio

Con base en las objeciones y planteamientos que contra la acusación tenga el imputado, éste podrá solicitar al juez que dicte un auto de no ha lugar a la apertura a juicio. Las objeciones conducentes a fundamentar esta solicitud surgen del artículo 304 que enumera las siguientes causas que darán lugar a una resolución al efecto:

1. El hecho no se realizó o no fue cometido por el imputado, causal que da pie a la presentación de defensas;
2. Extinción de la acción penal fundamentada en las excepciones cubiertas por el artículo 54 del CPP RD discutidas infra a la sección 1.5.8.4;
 1. El hecho no constituye un tipo penal;
 2. Concorre un hecho justificativo o la persona no puede ser considerada penalmente responsable;

³¹ El artículo 301 relativo a la resolución del juez de la instrucción en la audiencia preliminar contempla una resolución conforme al procedimiento abreviado, lógicamente, en cumplimiento de la normativa de competencia que sólo le permite actuar en casos de acuerdo pleno.

3. Los elementos de prueba resultan insuficientes para fundamentar la acusación y no exista razonablemente la posibilidad de incorporar nuevos.

VIII.4.6.4 Objeciones y planteamientos contra la acusación

Como vimos, el imputado tiene derecho a presentar cualquier objeción o planteamiento contra la acusación así como relativo a cualquier otra cuestión que permita una mejor preparación para el juicio. En consideración al debido proceso de las partes y al principio de la consecución de la verdad material a través del proceso penal, se hace indispensable escuchar las objeciones y planteamientos de la defensa con respecto a las alegaciones de las partes acusadoras. Asimismo se hace indispensable desde el punto de vista de la determinación del juez de la instrucción que éste pueda tener una visión completa de los hechos y las causas legales que impidan el procesamiento del imputado. Precisamente es éste uno de los fundamentos sobre los cuales descansa la estructura del sistema acusatorio en lo que respecta al rol del juez: decidir a la luz de la prueba que presenten las partes (*luxta Alegata et Probata*).

Entre las objeciones previstas por el artículo 299 se mencionan las siguientes:

1. *La objeción al requerimiento del ministerio público o el querellante por defectos formales o sustanciales.*

Debido a que este instructivo no es exhaustivo de la materia que comprende las objeciones, nos referiremos a algunas por vía de ilustración. Podemos mencionar, entre otras, aquéllas que se apoyan en defectos que surgen de la acusación del ministerio público o del querellante tales como la identificación errónea o incompleta del imputado o la calificación jurídica no conforme al tipo legal. Asimismo el imputado por este medio podrá objetar la práctica de los procedimientos de notificación y convocatoria que pueden ser violatorios del debido proceso de ley, según discutidos previamente y solicitar una prórroga para la contestación conforme a lo dispuesto en el artículo 147 del CPP RD por razón de defecto en la notificación.

2. *La oposición de las excepciones cuando no hayan sido planteadas con anterioridad o se funden en hechos nuevos*

En cuanto respecta a la presentación de excepciones, la disposición remite a los motivos que impiden la instancia de la acción penal, entre los enumerados en el artículo 54 del CPP RD cuales:

1. *La incompetencia* que incluiría la ausencia de autoridad para el conocimiento de la causa, pudiéndose extender también a un motivo de recusación del juez;
2. *Falta de acción porque no fue legalmente promovida* ya porque no se cumplieron los requisitos legales o formales, particularmente en los casos en que se han violentado derechos fundamentales del imputado durante los procedimientos preparatorios, cuando el ministerio público estuviese acusando por un delito de acción privada. De manera

interesante señala Berrizbetia Maldonado³² sobre motivos para sostener esta oposición que podría considerarse.

La nulidad absoluta de la acusación cuando es resultado de una investigación superficial o mediatizada pues en tal caso, la acusación que materializa el ejercicio de la acción penal no había sido promovida conforme a la ley

Del mismo modo cabe presentar en este momento cualquier objeción fundamentada sobre actuaciones ilícitas practicadas durante los procedimientos preparatorios³³ que puedan conllevar la inadmisibilidad y eventual exclusión de la prueba a tenor con las disposiciones contenidas en los artículos 166 y 167 del CPP RD. Ello convierte la audiencia preliminar en un mecanismo para el señalamiento de las actuaciones ilícitas y la exclusión probatoria³⁴. Nótese que si la prueba excluida es la única que sostiene los fundamentos de la acusación, quedaría derrotada la suficiencia de la acusación y no cabría dar paso a la apertura a juicio.

1. *Existencia de un impedimento legal.* Bajo este fundamento deben considerarse además de aquellos impedimentos procesales los de naturaleza sustantiva, cuales las causas de exención de responsabilidad por inimputabilidad y la inmunidad.
2. *Existencia de una causa de extinción de la acción penal,* según expresadas en el artículo 44 del CPP RD que constituyen por sí mismas un impedimento legal para promover la acción entre las cuales podemos señalar, la cosa juzgada, la prescripción y la litispendencia.

Al igual que para las solicitudes, de modo que el juez pueda estar en posición de resolverlas conforme a derecho, debe ser obligación del imputado acompañarlas por los documentos acreditativos del fundamento de la oposición ya que todas ellas tienen como resultado impedir la continuación del proceso, lo que le ofrece consideración prioritaria por parte del juez de la instrucción.

32 La fase intermedia y el control de la acusación en Primeras Jornadas de Derecho Procesal Penal, Universidad Central de Venezuela, 1998, p.211.

33 Adolfo Ramírez Torres entiende que las partes podrán denunciar en la audiencia preliminar cuantos incumplimientos e irregularidades hayan observado en la fase preparatoria, incluyendo las propias actuaciones del juez de la instrucción y podrán promoverse cuantos elementos de prueba estimen pertinentes para lograr sus pretensiones. Código Orgánico Procesal Penal Comentado, Caracas, 1999, pp.513 y ss.

34 Esta ha sido la posición de la jurisprudencia puertorriqueña que ofrece a la vista preliminar una naturaleza híbrida o ecléctica. A esos efectos el Tribunal Supremo de Puerto Rico en *Pueblo v. Jiménez Cruz*, 145 D.P.R. 803 (1998) y en *Pueblo v. Rivera Rivera*, 141 D.P.R. 121 (1996) reconoció en la vista preliminar una finalidad retrospectiva en su naturaleza de filtro o cedazo judicial para determinar la procedencia del juicio, que brinda al imputado la oportunidad para cuestionar la legalidad de los actos preparatorios invasivos del derecho a la seguridad e intimidad personal. Particularmente en la opinión de *Jiménez Cruz* expresó que la oportunidad de estar representado por abogado, contrainterrogar testigos y ofrecer prueba a su favor que se le brinda al imputado en la vista preliminar le ofrece un mecanismo de revisión sobre la legalidad del arresto en cuanto es una controversia pertinente al aspecto central de si se puede o no continuar con el proceso penal.

VIII.5 La oferta de pruebas

Como vimos, el Código Procesal Penal alude a la oferta de pruebas como obligación del fiscal para incluirlas como parte del contenido del acto de acusación. Expresamente señala el artículo 294 entre los requisitos de contenido:

El ofrecimiento de la prueba que se pretende presentar en el juicio que incluye la lista de testigos, peritos y todo otro elemento de prueba, con indicación de los hechos circunstancias que se pretende probar, bajo pena de inadmisibilidad.

Asimismo, en respeto al principio de igualdad procesal y en protección del derecho a la defensa, faculta al imputado en el artículo 299 numeral 7a

Ofrecer pruebas para el juicio conforme a las exigencias señaladas para la acusación.

En el mismo texto se le intima para que dentro de los cinco días siguientes a la notificación, el imputado ofrezca³⁵ los medios de prueba necesarios para resolver las cuestiones propias de la audiencia preliminar.

El referido artículo distingue entre la prueba que sustenta sus alegaciones contestatorias al acto de acusación que habrán de presentarse en el juicio y aquéllas que utilizará para derrotar la suficiencia de la acusación en la audiencia preliminar.

En cuanto se refiere a las primeras, en el artículo 299 numeral 7 la expresión es clara a los efectos de que se trata de proponer aquella **prueba** para refutar la ofrecida por el fiscal en el acto de acusación de forma que se garantice el derecho a la confrontación de las partes. Las segundas se refieren a los **medios de prueba** necesarios para resolver las cuestiones propias de la audiencia preliminar.

La distinción fundamental en el uso de los términos prueba y medios de prueba radica en la finalidad del ³⁶*ipótesis o afirmación precedente* que llevada al proceso penal significa:

Todo lo que puede servir para el descubrimiento de la verdad acerca de los hechos que ...son investigados y respecto de los cuales pretende actuar la ley sustantiva.

La utilización del término prueba en forma genérica induce a interpretar que lo que se requiere es la indicación de los medios que habrá de utilizar para sustentar en el juicio su defensa contra las alegaciones y que serán examinados por el juez para determinar su necesidad, legalidad, admisibilidad y suficiencia como medida de economía procesal evitando así que cuestiones estrictamente procesales tomen tiempo del juicio oral.

La utilización del vocablo medios de prueba en función de la discusión que se desarrollará en la audiencia preliminar sugiere la introducción de aquel material evidenciario del dato que confirma

35 El artículo utiliza la frase **debe ofrecer**.

36 **La Prueba en el Proceso Penal**, Buenos Aires: De Palma, 1994, pp. 3 y 4.

la alegación cual una declaración testimonial, un dictamen pericial, un documento u objeto para sostener las alegaciones demostrativas de los impedimentos jurídicos o fácticos para que declare la apertura a juicio.

VIII.5.1 Alcance de la oferta de pruebas

La interpretación del alcance de estas dos disposiciones conduce a su discusión en torno a la naturaleza y propósito de la audiencia preliminar y su función procesal, en otras palabras, qué se puede discutir en la audiencia y cómo se llevará a cabo la oferta de pruebas. Ello, sin duda, bajo el amparo de las protecciones constitucionales de las partes que se fundamentan sobre el derecho a la defensa y a la contradicción.

El propio artículo 299 ofrece las guías para la discusión basadas en los derechos mencionados. Controversias tales como si el hecho no constituye delito, si existe una causa de justificación o de inimputabilidad, defectos de la acusación, causa de extinción de la acción penal, por la propia función de la audiencia, tienen que ser objeto de presentación y análisis de la probabilidad de éxito del proceso si la objeción o excepción reclamada por el imputado tiene fundamento jurídico. Esta apreciación se apoya aún más al examinar:

1. Los fundamentos que ofrece el artículo 301 para la resolución del juez de la instrucción sobre las cuestiones planteadas en la audiencia a los efectos de que pueda rechazar las acusaciones así como ordenar la corrección de los vicios formales de la acusación.
2. Los fundamentos **para justificar la probabilidad de una condena** provistos por el artículo 303 para dictar el auto de apertura a juicio, particularmente aquellos basados en la determinación precisa de los hechos y de las personas imputadas y las modificaciones en la calificación jurídica cuando se aparte de la acusación. Este lenguaje conduce a la interpretación lógica de que la oferta de medios de prueba para resolver las cuestiones propias de la audiencia a que se refiere el artículo 299 conlleva el análisis valorativo por el juez de la instrucción de los elementos de prueba que la defensa ha ofrecido con su contestación al acto de acusación.
3. Los fundamentos presentados por el artículo 304 para motivar el auto de no ha lugar a la apertura del juicio que son claramente demostrativos de la necesidad de una evaluación hecha por el juez de la instrucción de los elementos de pruebas ofrecidos por el imputado para derrotar las imputaciones de la acusación:
 - a. El hecho no se realizó o no fue cometido por el imputado
 - b. La acción penal se ha extinguido.
 - c. El hecho no constituye el tipo penal.
 - d. Concorre un hecho justificativo o la persona no puede ser considerada penalmente responsable.
 - e. **Los elementos de prueba** resultan insuficientes para fundamentar la acusación y no existe razonablemente posibilidad de incorporar nuevos.

La lectura conjunta del articulado precedente lleva a la conclusión lógica de que la función del juez en esta etapa es una valorativa del material resultante de la investigación del acusador y de la prueba aportada por el imputado.³⁷ Una interpretación en contrario, parafraseando a Vecchionacce³⁸ sería negar sentido y justificación a la fase intermedia y su función contralora y depuradora. Señala este autor³⁹ que:

Aunque de un modo diferente de cómo se prepara el juicio oral dentro de la última etapa, la verdad es que la fase intermedia constituye una verdadera fase de preparación del juicio oral, función que no es posible percibirla en la fase preparatoria...El examen de la materia probatoria concretamente, la revisión y admisión de las pruebas que las partes se proponen presentar en el juicio oral, constituye una función decisiva que tiene lugar en la fase intermedia. Esto constituye un asunto trascendental. De lo que suceda en esta fase y, sobre todo, en la audiencia preliminar, dependerán los términos de la relación fáctica y jurídica en el juicio oral, y la actuación de las partes con relación a lo que se pretenda demostrar en el debate. Por esto es tan importante la correcta oferta de pruebas por el lado de las partes, como de la contestación a las pretensiones de cada una de ellas en orden a los hechos que habrán de constituir el objeto de la actividad probatoria en el juicio oral y público.

Es interesante señalar la ruta que ha tomado el Tribunal Supremo de Puerto Rico en relación con la consideración de la prueba que ofrecen las partes en esta etapa del procedimiento, entiéndase bajo la terminología puertorriqueña, durante la vista preliminar. En la opinión emitida en 1999 en el caso de *Pueblo v. Vega Rosario*, 99 TSPR 112, el tribunal rechaza la utilización de “etiquetas” para calificar la prueba como “de cargo” o “de defensa” que pueden ser controlantes para el magistrado (juez de la instrucción) que preside la vista y que le impedirían que éste, sobre quien recae la responsabilidad de impartir justicia, guiado por su conciencia determine causa probable conforme a derecho.

Esta posición destaca la función imparcial de la audiencia preliminar como un mecanismo de control de la acusación en la que, si bien en respeto al debido proceso de ley y sus elementos de igualdad procesal y contradicción, con base en el derecho a ser oída que tiene la parte y a presentar prueba para derrotar las imputaciones, no lo hace como un mecanismo de defensa pura sino para ofrecer al juez de la instrucción, figura central de la etapa intermedia, aquella prueba que le permita hacer una decisión informada y fundamentada sobre la justificación de ordenar la apertura del juicio cuando existe una probabilidad de éxito de la acusación.

VIII.5.2 Oferta de pruebas vs. actividad probatoria

Por lo hasta ahora expuesto debemos llamar la atención a que la oferta de pruebas a que se alude en los artículos estudiados no es ni constituye una invitación al ejercicio de la actividad probatoria diseñada para el juicio oral, es decir, presentar y debatir la prueba de culpabilidad. No debe confundirse el ejercicio de la facultad contradictoria con la presentación de prueba para la determinación adjudicativa de responsabilidad criminal. Debe entenderse el significado de la frase **medios de prueba** según expresada en el artículo 299 como aquellos elementos de

37 Sobre este particular véase, además, O. E. Resumil, *Derecho Procesal Penal: Reglamentando la Institución de la Vista Preliminar*, en 70 Rev. Jur. U.P.R., número 2, 2001, pp. 622-625.

38 Op. Cit., pág. 144.

39 Ibid, p. 145. Ibid, p. 145.

naturaleza jurídica o fáctica que impidan el progreso de la acusación. No puede olvidarse que la característica principal de la etapa intermedia y la celebración de la audiencia preliminar es su propia naturaleza de **juicio a la acusación y no al imputado**. Su propósito, como bien la denominan en las jurisdicciones de Chile⁴⁰ y Colombia⁴¹ es una audiencia **para la preparación del juicio oral**.

Sobre la actividad probatoria en la audiencia abundaremos *infra*.

VIII.5.3 Naturaleza y contenido de la oferta de pruebas

Los artículos 294 y 299 del CPP RD que son complementarios en cuanto el último hace referencia a que la oferta de prueba de la defensa se hará conforme a las exigencias señaladas para la acusación lo que significa para ambas partes que habrán de incluir la lista de testigos, los nombres de los peritos y todo otro elemento de prueba con la indicación de los hechos o circunstancias que se pretende probar. Éste constituye un criterio jurisdiccional ya que el artículo 294 advierte que su incumplimiento conlleva la inadmisibilidad del acto de acusación.

El alcance del requisito señalado tiene su fundamento en la esencia del procedimiento intermedio que es la depuración de las pruebas y la solución de controversias relativas a su admisibilidad para preparar el camino para el juicio. Como se ve, no se trata de meramente mencionar los medios de prueba sino de colocar a la parte contraria de objetar y al juez en la posición de aceptar o excluir las pruebas que, por ejemplo:

- a. Resulten dilatorias del juicio oral:
- b. Sean acumulativas
- c. No sean pertinentes.
- d. Hayan sido obtenidas de forma ilícita.

VIII.5.4 Obligaciones de debido proceso

De modo que se determinen la licitud, necesidad, pertinencia y legalidad de la prueba y se garantice el derecho constitucional a la defensa de modo que el imputado pueda ejercerlo a plenitud y de forma que el acusador pueda contestar las defensas del imputado, la oferta de pruebas debe contener una descripción general sobre:

1. El contenido de las declaraciones de los testigos.
2. El contenido de un documento o medio de ilustración.

40 Artículos 260-280 del Código Procesal Penal.

41 Artículo 401 del Código de Procedimiento Criminal.

3. Análisis y las conclusiones de los peritos (si no un informe pericial) que permita a la parte contraria contratar un perito propio que para contradecir la opinión,⁴² el propósito de su oferta o qué se propone probar con el medio de prueba.
4. Cómo se relacionan con el hecho o circunstancia que pretende probar.

Debe señalarse que la obligación de indicación del contenido y uso del medio de prueba a que nos referimos no se trata de ofrecer toda la prueba ni de descubrir la estrategia de litigación de la parte, sino de permitir la objeción o estipulación de la misma y proteger el derecho a la contradicción de modo que la parte contraria pueda preparar sus interrogatorios y su plan procedimental, tanto para la audiencia como para el juicio. Como bien señala Vecchionacce,⁴³ particularmente en referencia a la protección del imputado:

La oferta de pruebas no puede significar violación de los derechos de las partes a saber qué se quiere probar y cómo se quiere probar. Esto debe ser conocido por los litigantes, so pena de violación de los derechos y garantías procesales relativos a la defensa y a la contradicción.

Asimismo, antes de su admisión como prueba para el juicio oral, debe permanecer clara la calidad probatoria de la prueba en relación con su admisibilidad, por ejemplo, determinar si la persona que se somete como perito posee las calificaciones y si su testimonio resulta pertinente y aclaratorio de la controversia sobre la cual pretende ilustrar al tribunal a través de su pericia. La explicación de la forma en que se introducirá el medio de prueba permitirá, además, al juez de la instrucción determinar la calidad del mismo en su correcta apreciación jurídica, evitando que se presente como testimonio pericial el de un testigo no cualificado o que haya utilizado un método no confiable⁴⁴ e induzca al tribunal a una apreciación errónea sobre la calidad del hecho delictivo.

Igual suerte puede correr aquella prueba que resulte de una práctica ilícita durante la investigación. Por ejemplo: si el ministerio público para probar un hecho o circunstancia no alude en el acto de acusación al contenido del testimonio del policía que pretende presentar como testigo de una intervención ilícita, estaría privando al imputado de la oportunidad de presentar la exclusión probatoria a tenor con la disposición del artículo 167 y al juez de la instrucción de información pertinente para valorar su legalidad. Debemos recordar que la función judicial en la audiencia preliminar se dirige precisamente a la valoración de la prueba que habrá de presentarse en el juicio para determinar su admisibilidad. A esos efectos, el no informar del propósito probatorio de la prueba impide al juez llevar a cabo su función conforme a la normativa establecida por el artículo 171 a los efectos de que la admisibilidad de la prueba está sujeta a su referencia directa o indirecta con el objeto del hecho investigado y a su utilidad para descubrir la verdad.

42 Como nota de derecho comparado traemos a la discusión la solución del legislador colombiano respecto al alcance de la audiencia preliminar que, como vimos, denomina preparatoria para el juicio. De acuerdo con el artículo 401 del código de procedimiento criminal, en la audiencia: ...se resolverá sobre nulidades y pruebas a practicar en la audiencia pública, incluyendo la repetición de aquellas que los sujetos procesales no tuvieron posibilidad jurídica de controvertir.

43 OP. Cit., p. 155

44 Véase sobre este tema, O. E. Resumil y R. Faría, *Confiabilidad del Testimonio Pericial: La ingeniería forense como auxiliar al proceso judicial* en 68 Rev. Jur. U.P.R., 1999.

VIII.6 Desarrollo de la audiencia preliminar

El artículo 300 del CPP RD describe sucintamente los pormenores del desenvolvimiento de la audiencia preliminar. A diferencia de otras jurisdicciones, como Italia y Chile, que establecen normas procedimentales directivas del desenvolvimiento de la audiencia, el legislador dominicano no desarrolló una normativa procedimental detallada al efecto. Surge de su lectura que la audiencia consiste de dos partes, a saber: La constitución de las partes y la discusión de sus alegaciones.

VIII.6.1 La constitución de las partes

Como vimos, la celebración de la audiencia preliminar es compulsoria como lo es por consecuencia la asistencia de las partes propias del proceso penal. Bajo esta premisa el primer acto en la audiencia preliminar consiste en la constatación de la presencia de las partes intervinientes: fiscal, querellante, imputado, defensor y en el caso particular el actor civil.

VIII.6.2 Efectos de la incomparecencia de las partes

De haberse constituido el actor civil de conformidad con los artículos 120 a 125 del CPP RD y notificado sus pretensiones según la reglamentación provista por el artículo 297, se verificará su presencia. En ausencia de justa causa, de no comparecer a la audiencia preliminar luego de ser debidamente citado, se entenderá que ha desistido tácitamente de la acción sin perjuicio de continuar su reclamación por la vía civil, según disponen los artículos 124 y 125 del CPP RD.

En cuanto respecta a las ausencias del ministerio público y la defensa el código dispone que serán subsanables de inmediato sustituyendo el fiscal y nombrando un defensor público o permitiendo su reemplazo. En lo que respecta a la presencia del imputado, como vimos supra, su presencia es indispensable por lo que, independientemente de las motivaciones para la ausencia, al tenor de la disposición del artículo 300 se fijará una nueva fecha de celebración, **disponiendo todo lo necesario para evitar su suspensión.**

VIII.6.3 Obligaciones del juez de la instrucción ante la incomparecencia de las partes

El análisis de la disposición nos lleva a señalar algunas situaciones interesantes que surgen de la misma y que requerirán de acción e interpretación judicial. Veamos:

1. La ausencia del representante del ministerio público es subsanable con el nombramiento de un sustituto.
2. La ausencia del abogado del imputado requiere el nombramiento de un defensor público o su reemplazo.
3. La ausencia del imputado se presenta como la única causa impeditiva de la celebración inmediata de los procedimientos y de su suspensión.
4. El legislador no puso límites temporales para ofrecer tiempo al defensor para prepararse ni para la fijación de la nueva fecha para la celebración.

5. Recae sobre el juez la obligación de señalar la fecha para la nueva celebración tomando las medidas necesarias para evitar una nueva suspensión.

La ausencia del abogado del imputado presenta una situación de naturaleza constitucional ya que puede vulnerar los derechos a la defensa y a la contradicción de la prueba. De ahí que el legislador haya previsto la necesidad de nombrar un defensor público o un reemplazo. No obstante no previó que el alcance constitucional del derecho a la defensa no se satisface con el nombramiento. De modo que el derecho sea efectivo, el defensor debe ofrecer a su representado algo más que una defensa pro forma. La obligación constitucional del Estado de proveer la asistencia técnica al imputado conlleva el ejercicio de una defensa informada. A esos efectos el defensor debe estar en posición de conocer los pormenores de la acusación y tener la oportunidad de examinar las pruebas propuestas por los acusadores de modo que pueda contestarlas en forma sustancial.

La solución legislativa dominicana de subsanar de inmediato la incomparecencia del fiscal y del abogado puede traer una colisión entre el principio de la celeridad del proceso, el derecho a la defensa del imputado y la obligación del Estado de sostener la suficiencia de las alegaciones para lograr su admisión y la consecuente apertura a juicio. De forma que se provea al imputado una defensa que cumpla con la obligación constitucional, al reemplazar o nombrar un abogado el juez deberá otorgarle un tiempo razonable para que éste pueda examinar la acusación y los elementos de prueba con su defendido. Esta situación ha sido prevista por el código procesal penal chileno que dispone en su artículo 269 que el juez suspenderá la audiencia por un plazo que no exceda de cinco días con el objeto de permitir que el defensor designado se interiorice del caso. Asimismo en la práctica procesal puertorriqueña se ha establecido la concesión de un término razonablemente corto pero necesario para permitir al imputado consultar con su defensor y a éste estudiar las alegaciones y la prueba y desarrollar la estrategia para su defensa. De ahí la importancia, como vimos, de que el fiscal indique qué intenta probar y cómo, si a través de prueba documental o testimonial, y la calidad del testimonio, si pericial o de ocurrencia. Debe considerar el juez que consulta significa algo más que una entrevista.

En cuanto se refiere al reemplazo del fiscal, se pueden señalar argumentos similares en relación con la protección de la representación de los intereses del Estado. Es obligación del ministerio público sostener las alegaciones para lograr que se dé paso a su solicitud de apertura a juicio. En igualdad de condiciones, el nuevo representante del ministerio público debe tener las mismas garantías de oportunidad que la defensa de modo que pueda ejercer sus funciones conforme a su obligación durante la audiencia preliminar.

La experiencia puertorriqueña demuestra que el alto porcentaje de fracasos de la acusación en vista preliminar y también en el juicio se debe a la falta de tiempo razonable que tiene el fiscal para familiarizarse con los datos del caso.

El cumplimiento con el principio de celeridad pone al juez de la instrucción en la obligación de aquilatar todos los factores señalados que inciden sobre la determinación de la fecha para la nueva celebración dentro de un plazo constitucionalmente razonable.

A esos efectos la disposición en el artículo 300 a los efectos de que el juez fijará una nueva fecha de celebración, **disponiendo todo lo necesario para evitar su suspensión**

deja abierta la puerta para que éste tome todas medidas para establecer un equilibrio entre la pronta celebración de la nueva vista y la protección del derecho a la confrontación, incluyendo la imposición de nuevas medidas de coerción o la modificación de las ya impuestas.

VIII.6.4 Celebración de la audiencia y alcance de la presentación de prueba

De acuerdo con el diseño legislativo, la audiencia es oral, pública y contradictoria de los planteamientos y solicitudes de las partes. Como vimos, la directriz del legislador en relación con el desenvolvimiento de la vista es a los efectos de que regirán las reglas del juicio dentro de la sencillez de la audiencia lo que, como vimos, responde al propósito de juzgar la suficiencia de la acusación. De ahí que, como correctamente señala Vecchionacce,⁴⁵

En la audiencia preliminar sin que se produzca ningún debate probatorio como el que es propio del juicio oral y público, puede y debe haber un denso debate sobre todas las cuestiones de hecho que surgen de la investigación fiscal y de los aportes materiales de las partes así como de los aspectos jurídicos que están asociados con lo fáctico.

La cuestión crucial en cuanto a la forma en que se desarrollará la audiencia radica en la determinación de procedencia de la apertura a juicio solicitada por el fiscal. Ello nos lleva a examinar el artículo 303 que parece ofrecer la expresión de su finalidad legislativa al contemplar como fundamento para dictar el auto de apertura a juicio que la acusación **tiene fundamentos suficientes para justificar la probabilidad de una condena**.⁴⁶ La forma en que está redactada esta frase lleva a concluir que la función del juez trasciende la supervisión del cumplimiento con lo estrictamente procesal. Sobre esta base se fundará la discusión en la audiencia preliminar. Ello nos lleva a plantear la siguiente interrogante al interpretar sus obligaciones bajo el marco de la denominada sencillez de la audiencia preliminar: **¿Cuán sumario es el juicio emitido por el juez de la instrucción sobre la necesidad del proceso?**

Según lo hasta ahora discutido con base en la aplicación del debido proceso de ley, hemos identificado como actividades propias de la obligación del juez de la instrucción:

1. Ponderar la suficiencia de la acusación a base de las alegaciones y del peso que sobre ellas merece la oferta de pruebas. El juez de la instrucción no evalúa la prueba sino la inutilidad de someterla a evaluación por el juez del juicio.
2. Verificar si se dio cumplimiento a la reglamentación de la fase preparatoria y a los actos introductorios de modo que constate que los procedimientos se llevaron conforme al debido proceso y los elementos de prueba sobre los cuales se sustenta la acusación son lícitos, idóneos y suficientes para declarar la apertura a juicio.

⁴⁵ Op. Cit., p. 143.

⁴⁶ Como nota al calce queremos alertar de la peligrosidad de esta frase en relación con la presunción de inocencia del imputado y el efecto que el acto de apertura a juicio pueda tener sobre el juez o tribunal ante el cual se verá el juicio oral. Es peligroso que se entienda que el crisol de la audiencia sobre la acusación se dirige a fortalecer su responsabilidad poniéndolo en peligro de que llegue al juicio oral con una presunción de culpabilidad.

3. Establecer la punibilidad de los hechos sobre los cuales se desenvolverá el juicio oral y se determinará la responsabilidad del imputado.
4. Para ello deberá, en primer lugar, analizar el cumplimiento con la reglamentación procesal, su competencia, la legitimación activa o capacidad procesal de las partes, la ausencia de causales impeditivos de la instancia de la acción penal o de la continuación de los procedimientos y por ende la probabilidad de éxito de la acusación. Así, una vez dilucidadas las cuestiones jurisdiccionales y atendidas las solicitudes de desvío, deberá pasar al análisis de los hechos imputados y su contestación y a resolver cuestiones sustanciales que hayan sido presentadas por el imputado tales como:
5. La existencia de circunstancias justificativas del hecho o causas de inimputabilidad.
6. Defensas de naturaleza evidenciaria como coartada y ataques a la licitud de prueba relacionada con la identificación del imputado, la adquisición de evidencia física y la obtención de confesiones extrajudiciales.

Debido a que la dilucidación de estas defensas es esencial para dar paso a la apertura a juicio, el juez vendrá obligado a examinarlas. Ya que descansan sobre la credibilidad de los testigos que presenten las partes, de modo que pueda aquilatar la razonabilidad de exponer al imputado al juicio oral sobre las bases de meras alegaciones, la naturaleza y propósito de la audiencia preliminar exigen que el juez escuche los testimonios y permita a las partes el careo. Ello conduce a una necesaria apertura a debate en la audiencia preliminar.

Esta posición abre el debate doctrinal entre las visiones restrictiva y expansiva sobre el alcance de la presentación de prueba en la audiencia preliminar que se resuelve mediante el análisis de su propósito y la función de las partes, particularmente del ministerio público. El punto central del debate radica en el análisis del objetivo de la etapa intermedia que, como vimos, es despejar el camino del juicio oral de toda cuestión que pueda afectar a su único objeto de determinar la responsabilidad penal del acusado.

En ausencia de legislación expresa en el ordenamiento dominicano, surgen las siguientes interrogantes sobre el alcance de la presentación de prueba en la *sencillez de la audiencia preliminar*: **¿Puede presentarse prueba? ¿Qué tipo de prueba? ¿Puede el imputado, además de contrainterrogar a los testigos del fiscal presentar prueba de refutación? ¿Debe el juez resolver las cuestiones presentadas en la audiencia?**

Este debate fue objeto de análisis jurisprudencial en Puerto Rico⁴⁷ para el año 1974 en ocasión de dilucidar si procedía presentarse la defensa de incapacidad mental en la audiencia preliminar con el efecto de exonerar al imputado e imponerle en este momento procesal una medida de seguridad de encontrarse peligroso. En la opinión emitida por el juez presidente Trías Monge en el caso de *Hernández Ortega v Tribunal Superior*⁴⁸, acompañada por una ponderada opinión concurrente por el juez asociado Díaz Cruz, se analizó el planteamiento desde el punto de

47 En Puerto Rico la reglamentación procesal establece que en la vista preliminar el imputado podrá contrainterrogar testigos y presentar prueba a su favor.

48 102 D.P.R. 764 (1974).

vista de que la función judicial de la audiencia es la esencia del procedimiento a la vez que se esbozaron las siguientes características definitorias de sus contornos procesales:

1. La vista preliminar no tiene como única finalidad librar a una persona de acusación evidentemente falsa, fraudulenta o sin base en ley. Es el mecanismo que sirve de propósito para impedir que acusaciones frívolas e insustanciales recarguen la labor de los tribunales consumiendo el tiempo de los jueces, fiscales y demás funcionarios.
2. No es una mera formalidad sino un acto de incuestionable trascendencia cuyo resultado habrá de reflejarse en la libertad del procesado.
3. La vista no debe ser recortada en su básica función de proteger la libertad del que es falsa e indebidamente acusado.

Del análisis de estas características el tribunal concluye que no puede negarse en la vista preliminar la presentación de prueba pericial sobre inimputabilidad ya que, en palabras del juez Trías al adoptar la concepción expansionista, ***no convierte la vista preliminar en un minijuicio, pero sí evita que en situaciones como la de autos se procese a un enajenado mental a la fecha de los hechos por la comisión de un delito por el cual no es, por definición responsable.***

Aludiendo a la base sustantiva de la responsabilidad penal, la función depuradora de la audiencia preliminar conduce a través de la lógica jurídica a concluir que en ausencia de capacidad sustantiva, la normativa procesal no puede prevalecer en la decisión judicial sobre la apertura a juicio.

En cuanto al alcance de la función judicial se refiere, el tribunal al analizar los planteamientos, entendió que la presentación para discusión de la prueba de inimputabilidad en la audiencia deja incólume su propósito de determinar la existencia o no de causa probable para acusar ya que la función del juez en esta etapa no es adjudicar finalmente si la defensa afirmativa prevalecerá o no eventualmente, fuera de toda duda, en el juicio oral. En palabras del tribunal, ***su función es estrictamente aquilatar la razonabilidad de exponer a una persona a quien se le imputa un delito a los rigores de un juicio criminal.***

La opinión de *Hernández Ortega* desencadenó la ampliación de la visión expansionista centralizada, sin embargo, en un análisis casuístico de las circunstancias bajo las cuales se presenta la solicitud de escuchar prueba en la audiencia. En 1997, en la opinión de *Pueblo v. Andaluz Méndez*,⁴⁹ el Tribunal Supremo estableció como un derecho del imputado presentar prueba en la vista preliminar como un elemento integrante del debido proceso de ley cuando la oferta de prueba demuestra de forma incontrovertible que:

1. El imputado no cometió el delito;
2. Cometió un delito menor;
3. Se violaron garantías o privilegios constitucionales durante la fase preparatoria que justifican la exoneración del imputado en la etapa intermedia.

49 97 JTS 107.

En 1999 en la opinión en *Pueblo en Interés de Menor G.R.S.*,⁵⁰ el tribunal permitió la presentación de prueba sobre coartada limitada a la circunstancia en que mediante evidencia clara y convincente se establezca que *el testimonio prestado por los testigos de cargo que señalan al imputado como autor es uno increíble, no plausible o improbable.*

Dejó, además, entrever que pueden ser promovibles y susceptibles de ser resueltas en la vista preliminar aquellas defensas que no requieran de ser dilucidadas con mayor amplitud en el juicio y que no sean controvertidas por el ministerio público.

Esta limitación nos conduce a la discusión del segundo argumento planteado por nosotros relativo a la obligación de lealtad procesal que recae sobre el ministerio público frente al celoso ejercicio de su deber de defender la acusación. El fiscal debe actuar de buena fe⁵¹ sin insistir en promover los procedimientos cuando existe prueba que puede exculpar al imputado. La apertura de la audiencia preliminar a la presentación detallada de las defensas que son objeto de discusión en esta etapa, sirve como disuasivo al fiscal inescrupuloso.

Lo discutido nos lleva a concluir que la actividad procesal en la que se desarrolla la audiencia no puede hacer de la misma un mero formalismo sino la consciente determinación de la suerte del proceso luego de una evaluación y ponderación de los argumentos y elementos de prueba presentados por las partes durante su celebración.

VIII.6.5 La apertura y desarrollo del debate

Como vimos, el artículo 300 dispone que rigen las reglas del juicio adaptadas a la sencillez de la audiencia preliminar. Ello nos lleva a hacer un ejercicio de interpretación analógica basado en los propósitos de la audiencia distinguiéndolos de los que fundamentan el juicio oral.

VIII.6.6 Secuencia procesal

Siguiendo, pues, la reglamentación dispuesta para el juicio, la secuencia procesal debe desarrollarse de la siguiente forma:

Una vez constatada la presencia de las partes, el juez procederá a declarar abierta la discusión. Tendrá la obligación de advertir al imputado y al público que pudiera estar presente sobre los motivos de la audiencia preliminar:

Se da comienzo con la lectura de los actos acusatorios del fiscal y el querellante y de la demanda de la parte civil. Como parte solicitante de la apertura a juicio, la discusión deberá iniciarse con una exposición sucinta por parte del ministerio público del resultado de la investigación y de los elementos de prueba que justifican su solicitud así como de los fundamentos que la motivaron. No se trata de la lectura del acto de acusación sino de la presentación de argumentos que sustentan los elementos de prueba ofrecidos. En esta etapa del procedimiento deberá motivar sus pretensiones. Finalizada su intervención se escuchará al querellante y a la parte civil.

50 99 TSPR 115

51 Debe considerarse que de acuerdo al Art. 11 del Estatuto del Ministerio Público, el fiscal está obligado por el principio de objetividad, a investigar hechos y circunstancias que puedan favorecer al imputado. EL incumplimiento con esta obligación puede conllevar su recusación en el proceso, conforme a la disposición del Art. 90 del Código Procesal Penal.

Terminada la presentación de los acusadores, se ofrecerá un turno a la defensa del imputado. De conformidad con las reglas del juicio oral hechas extensivas a la audiencia preliminar, en particular el artículo 319 y las disposiciones contenidas en los artículos 102 a 110 del CPP RD, desde la apertura de la audiencia el juez debe dar preferencia al imputado a emitir declaraciones si así lo desea o solicita. En virtud de la protección constitucional del artículo 8 i) según plasmada en los artículos 13 y 14 del CPP⁵², el juez deberá instruirle que la declaración es un medio para su defensa y que, por consiguiente, tiene derecho a explicar todo cuanto sirva para desvirtuar las imputaciones que se le formulen.

Aunque el artículo 319 no hace referencia a la disposición contenida en el artículo 105 a los efectos de que el imputado podrá solicitar la práctica de las diligencias que considere oportunas, entendemos que si bien no se trata de un solicitud compatible con la etapa del juicio, por la naturaleza de la audiencia preliminar, es procedente hacerlas, sobre todo si conducen a la adquisición de prueba exculpatoria que evitaría la sumisión al juicio. Por vía de ilustración, podría solicitarse por el imputado que se obtenga documentación demostrativa de coartada, de declaraciones anteriores del imputado que demuestren su posición o de las víctimas ante terceros que puedan ser contra interés y que sirvan para impugnar su veracidad o credibilidad.

La invitación a declarar debe cumplir con las siguientes reglas formales: acompañarse con una explicación clara y sencilla del hecho que se le atribuye con la advertencia de que puede abstenerse de declarar sin que su silencio o reserva le perjudique.⁵³

- a. No podrá requerírsele ratificación solemne de su exposición o promesa de decir la verdad.⁵⁴
- b. Debe permitirse al imputado declarar cuantas veces manifieste su interés de hacerlo.⁵⁵ Siempre que su intervención sea pertinente y no aparezca como un medio dilatorio del procedimiento y sin que esta facultad dé lugar a indefensión material.⁵⁶ A esos efectos el juez debe estar vigilante de que las declaraciones se refieran al objeto de la acusación, de lo contrario deberá amonestar al imputado de que si persiste en querer declarar sobre asuntos ajenos a la acusación, se le impedirá continuar declarando.

A este respecto deberá también el defensor estar vigilante sobre los actuaciones del imputado e instruirle sobre el alcance de su declaración.

El imputado deberá estar asistido por su abogado en todo momento y debe permitírsele consultar a su defensor.⁵⁷

52 El art. 13 dispone que: Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo y todo imputado tiene derecho a guardar silencio. El ejercicio de este derecho no puede ser considerado como una admisión de los hechos o indicio de culpabilidad ni ser valorado en su contra. El art. 14 por su parte dispone que toda persona se presume inocente y debe ser tratada como tal hasta que una sentencia irrevocable declare su responsabilidad. Corresponde a la acusación destruir dicha presunción.

53 Artículo 319 CPP RD.

54 Artículo 107 CPP RD.

55 Artículo 320 CPP RD.

56 Artículo 103 CPP RD.

57 Arts. 105 y 320 del CPP RD.

Al terminar su declaración será interrogado por el ministerio público, el querellante, la parte civil, el defensor y el juez en ese orden. Asimismo podrán las partes y el juez durante la audiencia hacer preguntas aclaratorias de sus manifestaciones.⁵⁸ De conformidad con lo dispuesto por el artículo 323, recibida la declaración del imputado, el juez escuchará los argumentos y examinará las pruebas del ministerio público, el querellante, la parte civil y la defensa, salvo que se hubiera acordado otro orden. Y tomar una decisión ponderada sobre la admisión de la acusación y la apertura a juicio.

VIII.6.7 Contenido y forma de la discusión

De acuerdo con los objetivos de la audiencia preliminar, la discusión girará en torno a la viabilidad de las pretensiones del ministerio público basada en la adjudicación de las controversias jurídicas y la admisibilidad de los elementos y medios de prueba de las partes. Es preciso recordar que el juez tiene como función despejar el juicio oral de todo impedimento a su celebración de naturaleza procesal o sustantiva así como de toda controversia no pertinente, no confiable o acumulativa y la exclusión de toda prueba obtenida ilícitamente o derivada de ésta.

De ahí que deberá examinar la oferta de prueba para determinar dependiendo del medio de prueba, además de los factores señalados, criterios tales como su autenticidad (evidencia documental), credibilidad (evidencia testimonial) así como cualquier otro factor que estime necesario para determinar la admisibilidad. A esos efectos, de modo que el juez pueda valorar los elementos señalados conforme a lo dispuesto por el artículo 172 del CPP RD, deberá escuchar el testimonio de los testigos legos y periciales presentados por las partes permitiendo el desarrollo de interrogatorios, contrainterrogatorios y prueba de refutación siempre dentro del marco del contenido permitido para la audiencia preliminar. Es preciso señalar sobre el particular que se hace necesario en esta etapa permitir la presentación de prueba garantizando los derechos a la confrontación y a la defensa.

El juez podrá escuchar y admitir cualquier petición de estipulación de hechos o de prueba que bien conformen las alegaciones o que den por ciertos hechos o conclusiones periciales. Conforme a las disposiciones del artículo 300, se levantará un acta de la audiencia.

VIII.6.8 Cierre de la audiencia y resolución

Al tenor de lo dispuesto por el artículo 301, inmediatamente después de finalizada la audiencia, el juez resolverá las cuestiones planteadas. Examinadas las alternativas que tiene el juez para emitir su resolución, la lógica señala a que de modo que se cumpla con los objetivos de la vista de filtro depurador de las controversias, el juez deberá resolver en primer lugar aquellos planteamientos relacionados con las excepciones que impidan la instancia de la acción penal para luego atender la solicitud de aplicación de medidas alternas y aprobar los acuerdos tomados entre las partes con relación a la acción civil.

VIII.6.9 Admisión o rechazo de la acusación

De acuerdo con el resultado de la discusión y basado en las argumentaciones y acuerdos entre las partes, el juez tomará una decisión relativa a la punibilidad de los hechos y su calificación jurídica.

⁵⁸ Artículo 319.

La resolución se emitirá en torno a la acusación y a la condición procesal del imputado.

En lo que respecta a la acusación, podrá:

1. Ordenar la admisión total o parcial de la acusación y la apertura a juicio.
2. Corregir los vicios formales de la acusación del ministerio público o del querellante.⁵⁹
3. Rechazar la acusación del ministerio público o del querellante y dictar auto de no ha lugar a la apertura a juicio.

En cuanto respecta a la condición procesal del acusado podrá imponer, renovar, sustituir o hacer cesar medidas de coerción en aquellos casos en que opte por continuar con los procedimientos.

VIII.7 El auto de apertura a juicio

Luego de emitir su decisión favoreciendo la admisión de la acusación, el juez dictará un auto de apertura a juicio. Este acto es trascendental para la instancia del proceso pues con ella se puede dar por iniciado el proceso penal propiamente dicho, se activan las protecciones constitucionales plenas de las partes, particularmente la garantía del derecho a la defensa y a la contradicción.

La decisión del juez de la instrucción de ordenar la apertura del juicio marca el inicio de la etapa de juicio donde se ventilará la responsabilidad del ahora formalmente acusado. El auto de apertura a juicio equivale a una acusación formal por lo que deberá contener:

1. La admisión total de la acusación como presentada por el ministerio público y el querellante;
2. En el caso que haya sufrido cambios en la determinación de los hechos luego de la discusión o por estipulación, una determinación precisa de los hechos que se dieron por acreditados por los que se abre el juicio;
3. Modificaciones en la calificación jurídica cuando se aparten de la acusación;
4. La identificación de las partes admitidas;
5. Imposición, renovación, sustitución o cese de las medidas de coerción, disponiendo la libertad inmediata del acusado si fuera el caso.
6. Intimación a las partes para que en el plazo común de cinco días comparezcan ante el tribunal de juicio y señalen el lugar para las notificaciones.

⁵⁹ La redacción del artículo 301 sugiere que la actividad correctiva es una propia del juez. Por ejemplo en Chile, el artículo 270 dispone que el juez ordenará la corrección a la parte permitiendo que se suspenda la audiencia por un plazo de cinco días de ser necesario. Este plazo es prorrogable para el fiscal por un término igual, concluido el cual se decreta el sobreseimiento definitivo de la causa con perjuicio para el fiscal y se continuará el proceso bajo la acusación del querellante.

Aunque no bajo pena de nulidad, en otras jurisdicciones como Italia⁶⁰ y Chile⁶¹ se incluye como parte del contenido del auto de apertura a juicio oral las pruebas que deberán rendirse en el juicio oral de acuerdo con las convenciones probatorias.

El auto no es susceptible de recurso alguno.

VIII.8 Auto de no ha lugar a la apertura del juicio

De no ejercer el ministerio público su derecho a recurrir a la Corte de Apelaciones de acuerdo con las disposiciones de los artículos 304 y 410, la expedición del auto de no ha lugar pone fin al procedimiento contra el imputado impidiendo su reprocesamiento. Éste se emitirá cuando, luego de evaluar los argumentos y la oferta de prueba, el juez entienda que:

1. El hecho no se realizó o no fue cometido por el imputado;
2. La acción penal se ha extinguido;
3. El hecho no constituye un tipo penal;
4. Concorre un hecho justificativo o la persona no puede ser considerada penalmente responsable;
5. Los elementos de prueba resultan insuficientes para fundamentar la acusación y **no exista razonablemente la posibilidad de incorporar nuevos.**⁶²

Si el fiscal no estuviera conforme con la decisión final podrá utilizar el mecanismo provisto por el artículo 304 para que la parte afectada con el auto de no ha lugar pueda recurrir a la Corte de Apelaciones media de modo que el juez pueda valorar los elementos señalados conforme a los dispuesto por el artículo 172 del CPP RD nte el recurso de apelación.

60 Artículo 429 d).

61 Artículo 277 e).

62 Esta última frase parece dar a entender que en el caso en que puedan incorporarse nuevos hechos el juez, antes de tomar una decisión sobre la solicitud de apertura a juicio podría devolver la investigación al ministerio público para suplementarla. De ser así se pone de manifiesto la necesidad de reglamentar la situación en función de, entre otros, los siguientes factores:

· su procedencia si a solicitud de parte, motu proprio por el juez; · determinación de los plazos dentro del término previsto para la conclusión de la investigación;

· si se trata de pruebas ya adquiridas o por investigar. El ordenamiento procesal italiano contempla la revocación de la resolución de no ha lugar una vez dictada cuando se descubre nuevas fuentes de prueba que por sí solas o unidas a las ya adquiridas podrían ser determinantes para decretar la apertura a juicio. De acuerdo con la reglamentación establecida, se puede solicitar al juez de la audiencia preliminar la celebración de una nueva audiencia dentro de un término de seis meses. La negativa del juez permite al fiscal elevar un recurso de casación.

Ciertamente éste no es el caso provisto por la legislación dominicana ya que el legislador fue explícito al disponer como causal para dictar un auto de no ha lugar a la apertura sólo cuando no exista la razonable posibilidad de incorporar nuevos elementos de prueba. Ahora bien, la frase subrayada

plantea las siguientes interrogantes:

· De existir esa posibilidad, ¿puede el juez de la instrucción suspender la audiencia para permitir su adquisición y oferta?

· ¿Puede el fiscal luego de emitirse un auto de no ha lugar mediante el recurso de apelación provisto por la disposición del artículo 304 solicitar que se celebre una nueva audiencia cuando ha adquirido nueva prueba?

Unidad IX

El Juicio

Autor

Daniel Gadea Nieto



Contenido

- Principios Informadores del Juicio Oral • Nociones Previas Acerca del Debate • Lugar
- Recepción de Pruebas • Discusión Final • División del Juicio en Dos Fases • Clausura
- Deliberación • Sentencia

IX.1 Introducción

En República Dominicana se dio el paso del proceso escrito de rasgos inquisitorios, a un proceso con un juicio oral y público.

Muchos códigos en América Latina siguieron el modelo del código de Córdoba en Argentina. Dichas legislaciones recibieron una influencia importante de diversos proyectos argentinos, especialmente del proyecto Antelo, y de otras legislaciones como la española, la francesa, la alemana y en menor grado la suiza, la noruega, la austriaca, la brasileña y la polaca. También se cita con frecuencia el antiguo Código Procesal Penal de Córdoba y otros proyectos argentinos.

Con respecto a la influencia autoritaria que podría provenir del Código de Córdoba de 1969, aprobado durante una dictadura, es importante anotar que dicho Código no presenta mayor diferencia con el Código de Córdoba de 1939 aprobado durante un gobierno democrático. Las diferencias entre ambos son, sobre todo, producto de discusiones doctrinales de carácter teórico, que se habían suscitado.

Importante al respecto es que el Código de Córdoba de 1939 fue tenido inicialmente como el modelo a seguir en Argentina, así los procesalistas penales de ese país en los años sesenta formularon un Código Procesal Penal Modelo para Argentina, sobre la base del de Córdoba. Desde su aprobación fue seguido dicho Código como modelo por diversos códigos argentinos. Otro aspecto de importancia es mencionar que el erudito procesal Niceto Alcalá Zamora, al valorar el Código Procesal Penal de Córdoba, lo consideró como el mejor de América y uno de los mejores del mundo. No es por ello sorprendente que el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, bajo la presidencia de Alcalá Zamora, recomendara durante las V Jornadas celebradas en Colombia en 1970, que para la elaboración de un Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica se siguiera como modelo al Código de Córdoba. Esto se cumplió claramente en el proyecto de Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica de 1978, elaborado por Clariá Olmedo.

Por lo dicho con anterioridad es exagerado indicar que los códigos de procedimientos penales de América Latina respondían en su conjunto a posiciones autoritarias. En cuanto a las características de los códigos de procedimientos penales de corte inquisitivo se puede hacer la siguiente enumeración:

- I. Se reguló una instrucción formal para los delitos con pena privativa de libertad, dirigida por el juez de instrucción. Dicha etapa era escrita, secreta para extraños, no contradictoria. La participación del ministerio público era escasa. Se limitaba éste a presentar el requerimiento de instrucción formal y luego a esperar que el Juez de Instrucción terminase su investigación, resultando que si el juez emitía un juicio de probabilidad sobre la responsabilidad del imputado al dictar el auto de procesamiento, con posterioridad el fiscal procedería luego a presentar la solicitud de elevación a juicio, puesto que dicha solicitud se debía basar en el juicio de probabilidad ya emitido por el Juez de Instrucción con anterioridad.

2. La instrucción, por todo ello, adquirió caracteres inquisitivos, puesto que se ponía al juez de instrucción en una situación difícil, que degeneraría en un enfrentamiento imputado-juez de instrucción. Todo ello era problemático puesto que el mismo juez que debía llevar a cabo la investigación era el que decidía sobre los allanamientos, intervenciones telefónicas y la prisión preventiva del imputado. Esto recuerda la crítica que se ha hecho a la instrucción dirigida por el juez de instrucción: "No es susceptible de ser pensado que una misma persona se transforme en un investigador eficiente y, al mismo tiempo, en un guardián celoso de la seguridad individual; el buen inquisidor mata al buen juez o, por el contrario, el buen juez destierra al inquisidor". La instrucción, con el paso del tiempo, fue degenerando hasta convertirse en un procedimiento engorroso y lento, en el que se trataba de evacuar la totalidad de la prueba, dándose la práctica a exigir la demostración de la culpabilidad del imputado para la elevación a juicio. Por otro lado, la defensa se desplegaba a través de incidentes de nulidad y de apelaciones, todo lo cual hacía difícil que avanzara el proceso. La presentación de incidentes de nulidad fue favorecida por la anuencia de los jueces de instrucción, a decretar nulidades sin ningún interés procesal.

En realidad no existía ningún perjuicio, cayéndose en un procedimentalismo. Al lado de la instrucción formal se estableció la instrucción sumaria a cargo del ministerio público. La idea era el establecimiento de un procedimiento ágil para determinar si el asunto merecía ir a juicio, eliminando el dictado del auto de procesamiento y del control del juez de instrucción con respecto a la elevación a juicio. Sin embargo, en la práctica la instrucción sumaria padeció de los mismos males que la instrucción formal.

3. La prisión preventiva fue regulada inicialmente como obligatoria cuando existía sospecha suficiente de culpabilidad y la pena de prisión prevista para el delito era superior a tres años. Se decía con ello que se partía de una presunción de fuga, aunque en realidad lo que se seguía eran criterios de prevención general positiva, ya que reflejaba criterios de gravedad del hecho de acuerdo con el tipo y el monto de la pena, que lo que hacían era indicar la importancia del bien jurídico lesionado y la necesidad de alcanzar la paz jurídica con la prisión preventiva debido a dicha medida, pero no tenía relación con si en el caso concreto existía peligro de fuga. La regla en definitiva era la prisión preventiva y la excepción a dicha regla era la excarcelación bajo caución monetaria. Todo ello provocó que en materia de presos sin condena, con respecto a la cual se había mejorado drásticamente, en forma paulatina se fuese empeorando.
4. Se reguló una etapa intermedia en los asuntos de instrucción formal, para discutir si había mérito suficiente para la elevación a juicio. Dicha etapa formaba parte de la instrucción formal, de modo que era realizada ante el juez de instrucción (Juez de la Instrucción en el Sistema Procesal Dominicano), el que había dirigido la investigación y se había pronunciado al dictar el procesamiento porque podía emitirse un juicio de probabilidad sobre la culpabilidad del imputado. Todo ello hacía que la etapa intermedia perdiese importancia, puesto que ya el juez de instrucción había adelantado criterio¹.

¹ Esto nos interroga acerca del rol de juez de la Instrucción, que en el sistema jurídico dominicano toma decisión en la fase inicial del proceso, dando resoluciones relativas a las medidas de coerción en las que ha tenido que hacer valoraciones tales como aquellas que le lleven a razonar acerca de si en el caso en que las medidas le son solicitadas... "existen elementos de prueba suficientes para sostener razonablemente, que el imputado es, con probabilidad, autor o cómplice de la infracción" (Ver Art. 227 numeral 1 del CPP Dominicano, instituido por la Ley No. 76-02). Luego, este mismo juez está llamado a decidir sobre la

5. Se estableció el principio de legalidad en el ejercicio de la acción penal pública, sin que se previeran criterios de oportunidad.

Todo ello provocaba que en la sede policial se hiciera una selección previa de los asuntos a investigar. Incluso se llegaron a establecer montos de dinero a las que debía llegar una sustracción para que fuese investigada por la policía, no continuándose la investigación hasta el cumplimiento del plazo de la prórroga extraordinaria, de modo que el asunto terminaba en el dictado de un sobreseimiento (obligatorio). Por todo ello en la práctica operaban criterios de oportunidad sin ningún control.

IX.2 Principios informadores del juicio oral

IX.2.1 Principio de imputación

Cuando la ley nos informa que el juicio “...se realizará sobre la base de la acusación, se sitúa sobre el principio de imputación definido como un componente de los derechos de audiencia y defensa, cuando ha delineado el concepto del debido proceso. Este principio supone la formulación de una acusación por parte del actor penal (ministerio público o querellante), descriptora del hecho de modo preciso y circunstanciado con la respectiva calificación legal y, además, la individualización del acusado”.

La importancia de este principio se establece por los efectos que trae consigo. La actuación del acusador debe ser transparente en cuanto a los hechos que atribuye al imputado, para efectos de que no haya trampas para la defensa. Y el tribunal tiene limitada su competencia fáctica a los hechos objeto del proceso, aunque puede darles una calificación distinta a la propuesta por el actor penal.

IX.2.2 Principios de oralidad e inmediatez

En la fase de juicio el principio de oralidad juega un papel fundamental, en cuanto la mayoría de los actos de esta etapa del proceso se cumplen de viva voz.

El conocimiento de los medios probatorios y la derivación de elementos de juicio a través de la oralidad, es una decisión de importancia para un sistema penal democrático. El procedimiento escrito está plagado de enormes dificultades de orden humano, constitutivas de obstáculos imposibles de soslayar para alcanzar la verdad mediante la prueba.

Una rápida remisión al testimonio permite ilustrar esta afirmación. A través de los sentidos el ser humano recibe constantemente una serie de datos como la temperatura, corrientes de aire, sonidos, luz, colores, olores, sabores, etc. Sin embargo los datos a nivel cerebral son concatenados e interpretados; el producto de ese procesamiento es la percepción. El testigo espontáneamente

apertura de juicio en la audiencia preliminar organizada en los artículos 294 al 304 y siguientes del CPP.

recibe y percibe los hechos total o parcialmente. Después viene el fenómeno de la comunicación entre un transmisor (testigo) y un receptor. La riqueza o pobreza cultural e idiomática del primero le permitirá informar con mayor o menor exactitud su conocimiento, pero esto dependerá también de la formación del receptor en lo que hace a su cultura y dominio del idioma.

La oralidad en la recolección de la prueba ubica en el mismo sitio a todas las partes -incluido el tribunal- como receptor. Esto permite conocer al testigo, durante la brevedad de la declaración, en los aspectos de educación y uso del lenguaje; las partes pueden descender al nivel del deponente, para así valorar de la mejor forma el mensaje. Incluso, de ser necesario, este podrá expresar sus ideas con ademanes o una dramatización en la sala de audiencias, con el uso de una pizarra o maqueta, etc. Así se conocerá de la mejor forma la versión del testigo. Éste es el valor de la oralidad en la recolección de la prueba, íntimamente relacionada con la inmediación.

Como si las limitaciones humanas del testimonio no tuvieran mayor significado, el proceso escrito -en contraste con el procedimiento oral- introduce varias limitaciones adicionales. Al juzgador llega un acta levantada por un escribiente o un actuario, quien consigna lo que de acuerdo a su percepción dijo el testigo, pero limitado el documento a la riqueza o pobreza de lenguaje de su escritor. De este modo, no es la versión del testigo sino la que percibe el escribiente o actuario, pero además el deponente no podrá utilizar otros medios de expresión complementarios como dibujos, mímica, etc. A lo anterior se une la crítica relativa a que el juicio escrito se da en ausencia de las partes lo que debe suplirse mediante un excesivo formalismo innecesario en el juicio oral.

Por lo dicho hasta aquí, la oralidad está íntimamente relacionada con la inmediación, pues no es suficiente la forma de cómo se realiza el juramento del testigo, cómo se identifica y cómo habla; además debe el juzgador estar atento a sus gestos y movimientos, permitiendo inclusive la demostración corporal y el desenvolvimiento espacial. Este contacto permite otorgar crédito o desconfianza al testigo, imposible durante el juicio escrito.

Inmediación implica el conocimiento directo de la prueba, el medio probatorio como objeto de conocimiento y las partes del proceso como sujetos cognoscentes, enfrentadas sin obstáculos o filtros que impidan la apreciación personal por el interesado.

La oralidad e inmediación tienen sus excepciones pero sobre ello se volverá posteriormente. Sin embargo, basta por ahora destacar las ventajas sobre el juicio escrito, agregando a lo expuesto la realización del derecho de defensa pues la oralidad permite conocer directamente -de primera mano- la prueba incorporada al debate.

IX.2.3 Principio de publicidad

La publicidad del debate es la posibilidad de cualquier ciudadano de presenciar la audiencia, escuchar y observar la prueba para formarse su propio juicio. Es un medio que sirve a un derecho penal democrático en dos sentidos: para la transparencia de la administración de justicia penal, sometida al control indirecto del pueblo y como derecho del acusado de ser sometido a una pena sólo en el caso de ser demostrada su culpabilidad. Quienes presencien el debate controlan la aplicación de los derechos constitucionales y humanos, de modo que, cuando pudieran verse en la situación del acusado tengan la seguridad de ser condenados únicamente a través de un

juicio justo y legal. Por lo dicho, la publicidad del debate en su totalidad es la regla y la ley admite pocas excepciones. La regulación concreta está en el artículo 308 del Código Procesal Penal.

IX.2.3.1 Las excepciones pueden ser clasificadas de la siguiente forma:

IX.2.3.1.1 Excepciones generales a la publicidad por necesidad del secreto

Bajo esta forma se incluyen aquellas situaciones en que se decreta el secreto de la audiencia, afectando a la generalidad de los asistentes a quienes se impone el deber de desalojar la sala: cuando se afecta el pudor; la vida privada o la integridad física de algunos de los intermitentes, o cuando peligra un secreto oficial autorizado por la ley o un secreto particular; comercial o industrial, siguiendo los supuestos contemplados en el Código Procesal Penal en su artículo 308.

IX.2.3.1.2 Excepciones individuales a la publicidad por razones de orden

Aquí se clasifican las excepciones al acceso del público con afección individual, esto es que no debe la generalidad de los asistentes desalojar la sala, sino aquellos individualmente considerados en cuanto su presencia pueda afectar el orden en el desarrollo de la audiencia:

- I. Limitaciones de acceso a la prensa:** Un problema es el de la concurrencia de la prensa a la sala de audiencias, por cuanto en la actualidad la mayoría de los medios de comunicación colectiva dirigen sus esfuerzos a la satisfacción del morbo antes que a informar objetivamente. Además de lo anterior, el uso de cámaras y micrófonos es molesto para el tribunal y las partes, o podrían inhibir al declarante al sentirse observado por los comunicadores.

Para lograr un equilibrio sano en este punto, el artículo 309 otorga a las empresas de radiodifusión, televisión o prensa, el derecho de instalar en la sala de juicios equipos de registro gráfico y de audio con la finalidad de informar al público acerca del desarrollo del juicio. Para atemperar esta situación, el tribunal tiene el poder de establecer las condiciones de ejercicio de ese derecho, y hasta de prohibir el uso de estas máquinas en los casos señalados por ley. Además, se prohíbe a cualquier declarante si expresamente lo solicita que no se registre su imagen y su voz, o cuando entienda una parte que la publicidad afecte su derecho de defensa o el debido proceso.

En determinados casos la prensa se ha convertido en un verdadero obstáculo para el desarrollo de los debates, cuando quienes se dedican a este oficio -como reporteros, camarógrafos u otros- constantemente irrumpen en el recinto del tribunal e instalan cámaras, caminan entre los abogados y el estrado, sin importar el trabajo de los operadores del derecho. Cualquier llamado al orden es presentado al público como una forma de coartar la libertad de expresión, sin considerar que el oficio del periodismo -tan necesario para una democracia cuando es ejercido con corrección como una forma de control indirecto de las instituciones- no debe sobreponerse a la administración de justicia que es el desarrollo y vida de las garantías ciudadanas.

Por ello, lo más saludable es la prohibición total de cualquier equipo, de registros de audio o de imagen, en la sala de debates. Así el periodista permanecerá respetuoso en el espacio del público,

sin obstaculizar el desarrollo del proceso y con obligado respeto de los derechos inherentes a las personas. Esta posición la hice ver en la comisión redactora del texto final del proyecto, aprobado después por la Asamblea Legislativa, pero no fructificó.

2. Exclusión de menores de doce años: Por lo general, los menores de doce años y en algunos casos los mayores de esa edad también no guardan el comportamiento y atención debidos durante audiencias prolongadas de cualquier naturaleza, a menos que se encuentren al cuidado de un mayor de edad. Igualmente, los niños son impresionables por el desarrollo del debate, pues se trata de un acto fundamentalmente violento en que una persona es examinada a través de una encuesta probatoria, poniéndose de por medio su libertad jurídica materialmente hablando, y su honra socialmente considerada. Podemos afirmar -por la violencia e inhumanidad del debate actual- que somos los bárbaros del futuro. Para evitar interrupciones causadas por los menores de doce años, y para garantizar que su observación del debate sea debidamente explicada y ahorrarles impresiones psíquicas innecesarias, el artículo 310 abinitio les permite el acceso si son acompañados por un mayor de edad.

3. Limitaciones de acceso por razones de orden y disciplina: Cuando alguien no observe el comportamiento adecuado dentro de la sala de audiencias, el tribunal podrá prohibir su acceso. Igualmente podrá excluir el exceso de concurrentes o limitar la asistencia, de acuerdo a la capacidad de la sala. Con ello la ley deja ver que la publicidad no implica la licitación del todo, sino la asistencia de una parte del público (de quien se presente primero) para el control de la actividad jurisdiccional.

IX.2.4 Principio de contradictoriedad

El enfrentamiento entre partes en el proceso implica, en la mayoría de los casos, un choque de intereses sustentados en ideas opuestas, de modo que el razonamiento o la argumentación de cada uno se dirigirán a convencer acerca de la debilidad de la tesis de la contraparte y de la fortaleza de la propia. Es el espacio para la aplicación práctica de la retórica jurídica.

Supuesto importante del contradictorio es conocer el razonamiento del contrario y las pruebas que lo sustentan, pues solo de esta manera es posible rebatir u oponerse adecuadamente. A través de la concentración del debate se logra la imposición de los argumentos por todas las partes, por lo cual es posible el inmediato cuestionamiento y objeción.

Cualquier actuación en quebranto de la contradictoriedad del debate o en negación a la posibilidad de rebatir, atenta contra el principio de inviolabilidad de la defensa y abre la posibilidad de recurrir.

IX.2.5 Principio de continuidad

El principio de continuidad es una forma de proteger los resultados de la oralidad, inmediación y contradictoriedad. Estos permiten, en principio, conocer la prueba, examinarla y derivar de ella los elementos de juicio en forma directa por el tribunal y las partes, en forma ininterrumpida. El principio de continuidad es un elemento integrante del debido proceso. Acerca del tiempo para

la celebración del debate, causas de suspensión y continuidad, se volverá posteriormente (no obstante, basta de momento establecer que, cualquier violación en este aspecto constituye un quebranto del debido proceso, con las consecuencias apuntadas).

IX.3 Nociones previas acerca del debate

IX.3.1 Introducción

Antes de entrar al desarrollo del debate, deben puntualizarse algunos aspectos que, si bien no guardan organicidad expositiva dentro de este capítulo, deben ser conocidos como requisitos de entrada -por llamarlos de alguna forma- para la comprensión del debate.

IX.3.2 Preparación el debate

Con el nuevo ordenamiento, el tribunal de juicio recibe un legajo de mínima extensión (sin actas de declaraciones salvo las recibidas par el procedimiento de prueba anticipada), con un auto de apertura a juicio, dictado por el juez del procedimiento intermedio que ordena -entre otros- «la prueba ofrecida para el juicio». De esta manera el tribunal de juicio es «virgen» con respecto al conocimiento de la prueba, no hay posibilidad de prejuicio por esa vía.

Con esta novedad que da al juez de juicio su verdadero papel como juzgador objetivo e imparcial, cabe detallar el trámite una vez que sea recibido materialmente el proceso.

IX.3.3 Tiempo: continuidad y suspensión

En lo que respecta al tiempo en que deben cumplirse los actos del debate, el Código Procesal Penal, establece términos importantes cuyo respeto se traducirá en la realización del principio de "justicia pronta". Así, recibidas las acutaciones por el tribunal de juicio -monocrático o colegiado según las reglas de competencia material- quien lo preside, dentro de las 48 horas que sigan a su recepción, ha de señalar día y hora para la celebración del debate. La resolución dictada por el juez que presida en este plazo, precisa así el momento del juicio, y éste iniciará entre los quince a los 45 según los términos del artículo 405 del Código Procesal Penal dominicano, a partir de la resolución que fija la fecha de su celebración.

Así, desaparece la posibilidad de suspensión (de hecho) de procesos sin razón atendible, por semanas, meses o años. Tal posibilidad, como actuación ilimitada, ha sido desterrada del Código Procesal Penal. Si bien se admiten algunos casos de suspensión, no pueden ser superiores a los diez días, so pena de interrupción del proceso, reiniciando todas las actuaciones; la negligencia del tribunal acarrea responsabilidad a los funcionarios de tipo disciplinario. Es lo que resulta del contenido de los artículos 315 al 317 del Código Procesal Penal.

Una vez iniciado el debate, debe continuar durante todas las audiencias consecutivas que sean necesarias hasta su terminación, pero puede suspenderse hasta por diez días por cuatro causas

distintas: (i) aspectos incidentales, (ii) necesidades probatorias, (iii) razones de salud y (iv) respeto de la defensa. Sobre ellas se volverá posteriormente.

El término de diez días de suspensión del debate se ha fijado como medida protectora de la inmediatez con que se ha conocido la prueba, en el sentido de evitar que el transcurso de un tiempo prolongado pueda borrar de la memoria de los jugadores y otras partes los actos del debate. En consecuencia, cualquier superación del plazo de diez días es causa de anulación del debate y la sentencia por la vía de impugnación, aun cuando hubiera sido prorrogado el término con el consentimiento de las partes. Sobre este particular, debe subrayarse, no hay disponibilidad de las normas procesales. Una característica del término de suspensión es que no se trata de una medida acumulativa, en cuanto no se suman los diversos períodos de suspensión hasta alcanzar diez días, pues a partir de cada decreto de cesación de la continuidad comienza a correr el plazo que en caso de darse tres suspensiones, cada una por el término de cinco días, no implica el exceso del / plazo por sumar quince días; cada vez que comenzó a correr un tiempo de diez días y por no haberse excedido nunca, el trámite se encuentra a derecho.

Finalmente, en lo que hace al plazo, debe computarse en días hábiles. Esto no deja de ser un obstáculo a la inmediación, sobre todo cuando se presentan juntos varios días no laborales como son por ejemplo: jueves, viernes, sábado y domingo santos.

Transcurrida la suspensión, el debate retoma el estado en que se encontraba cuando cesó su continuidad, y no es menester la repetición de actuaciones ni la reiteración de incidentes. Corresponde ahora una breve observación de las causales de suspensión del debate, recalcando que solamente opera en esos casos.

IX.3.3.1 Suspensión por aspectos incidentales

Si bien la finalidad de justicia pronta es base fundamental del juicio oral, la presteza no debe sobreponerse a la averiguación de la verdad y a la emisión de una resolución justa. Por ello, de presentarse alguna situación no postergable hasta el dictado de sentencia el tribunal debe resolver inmediatamente, pero de no poder hacerlo tiene la facultad de ordenar la suspensión del debate por el tiempo necesario para la decisión, en un tiempo no mayor de diez días autorizados por el Código Procesal Penal en su artículo 315, como límite en la duración de toda suspensión. Se trata aquí de incidentes, recursos y cualquier otro aspecto que por su naturaleza o grado de dificultad impidan el rápido análisis por parte del tribunal. La suspensión para la solución de estos incidentes, constituye una excepción expresa al principio establecido en el artículo 146 del mismo código dominicano, sobre la decisión que sigue a una audiencia oral, en tanto los jueces se toman el tiempo necesario para proveer la solución, lo cual no está permitido en el tiempo de preparación del juicio según las normas del artículo 405.

IX.3.3.2 Suspensión por necesidades probatorias

La actividad probatoria durante el juicio oral impone en algunos casos el traslado al exterior del recinto de audiencias para la producción de una prueba (inspecciones oculares, peritaciones en laboratorios, reconocimientos, etc.), o la presentación compulsiva de testigos o peritos que desatendieron la citación del tribunal o del Ministerio Público, y en ocasiones-la información

obtenida en juicio impone la recepción de prueba no ordenada originalmente para la audiencia. En estos casos es admisible la suspensión del juicio.

Caso de suspenderse el debate por la incomparecencia de testigos-y es aplicable por analogía a la incomparecencia de peritos de no lograrse su conducción por la fuerza pública-se prescinde de la prueba y continúa el debate. Con esta previsión se evita la práctica de los tribunales de juicio, de no dictar sentencia y anular el debate a fin de repetirlo integralmente cuando sea localizada la persona cuya declaración se echa de menos. Refuerza este criterio el principio de irrevocabilidad de los actos procesales, según el cual "...bajo pretexto de renovación del acto, rectificación del error o cumplimiento del acto omitido, no puede retrotraerse el proceso a períodos ya precluidos, salvo los casos expresamente previstos".

IX.3.3.3 Suspensión por razones de salud

En tanto la salud humana es contingente, el debate puede ser suspendido por enfermedad de los jueces, fiscales, defensores e imputado. Sin embargo, cuando desde el principio del juicio el tribunal se hubiera constituido por un número mayor de jueces de los requeridos, en tanto se conserve el número mínimo exigido por la ley el debate: Lo que no puede admitirse es que los jueces no presencien completamente el debate, o el dictado de sentencia por juzgadores distintos a quienes asistieron al juicio oral y público.

No se suspenderá el debate y continuará, cuando a pesar del deterioro de salud de fiscales y defensores puedan ser sustituidos. La sustitución no operará cuando se hubiera evacuado con anterioridad algunos testigos o peritos, cuyas declaraciones se rindieron de viva voz. Por el contrario, cuando la prueba evacuada es sólo documental (dictámenes, actas de prueba anticipada, etc.), porque puede ser reproducida nuevamente o el suplente podría imponerse de ella aun fuera de la audiencia si estuviera de acuerdo.

IX.3.3.4 Suspensión por respeto al derecho de defensa

El ministerio público, el querellante o ambos a la vez, pueden ampliar la acusación, para introducir un hecho o una circunstancia nueva no contenida en el requerimiento o en la querrela, si modifica la calificación legal y agrega una agravante o lleva a la configuración de un delito continuado o contínuo. La ampliación es sumada a la acusación inicial, por lo cual el imputado tiene derecho a la suspensión del juicio para preparación de la defensa, y hecha la ampliación se integra a la acusación formando parte de ella, con lo cual se asegura posteriormente la correspondencia entre la acusación y la sentencia. Es lo que resulta de las disposiciones del artículo 322 del Código Procesal Penal.

IX.4 Lugar

En la práctica judicial de Costa Rica, el lugar de celebración del debate se determina en función del público que puede presenciarse, en ejercicio del control indirecto de la función judicial. No es

lícito trasladar el lugar del juicio, a menos que importe a la comunidad en la que deba administrarse la justicia penal, como sería el caso de indígenas. De otro lado, en razón de facilitar la recepción de la prueba, es posible celebrar el debate en la localidad donde ocurrieron los hechos cuando ello se traduzca en la facilitación de la defensa o de la recepción de la prueba. *Por lo que hemos conocido en la República Dominicana, el juicio tiene lugar en la sala de audiencias. De realizarse una actuación fuera del tribunal, siempre concluirá en la sala de audiencias, lo cual no está precisado de este modo en la legislación.*

Con base en lo apuntado, también podría el tribunal dividir el debate en dos fases, para realizar una parte en su asiento y la otra en el lugar que las necesidades lo impongan, allí en donde deba realizarse alguna actuación.

Así se ha regulado en el Código Procesal Penal, y no es posible proveer suspensión del juicio fuera de las causas apuntadas en el Código.

IX.5 Dirección del debate

En lo relativo a la dirección del debate, no hay dificultad ni amerita mayores explicaciones, pues resulta claro que el poder de dirección y disciplina está a cargo, en el tribunal unipersonal, de quien preside la audiencia, y en un tribunal colegiado quien tenga la presidencia para el caso. Le corresponde al presidente leer los documentos, hacer las prevenciones legales, tomar los juramentos, moderar la discusión, declarar la apertura y cierre del debate, etc.

Como tesis de principio el director de la audiencia resuelve cualquier articulación, excepto cuando la ley indique que deba hacerlo el tribunal en pleno. En todo caso, en Costa Rica, será quien ejerza la presidencia el que notifique verbalmente cualquier resolución; en República Dominicana puede hacerlo el Secretario (art. 355 del CPP). Sin embargo, en todo caso, el presidente o uno de los jueces, si se trata de un tribunal colegiado, hará la explicación verbal de sus fundamentos, aun cuando tenga que ser diferida la fundamentación escrita de la sentencia, para dentro del plazo de cinco días previsto en el Código Procesal Penal. En todo caso, los demás jueces pueden informar su voto de minoría, sea voto salvado o disidente, según los términos de la legislación procesal dominicana, haciéndolos constar en la sentencia.

IX.6 Registro de la audiencia

El registro de la audiencia tiene como finalidad la comprobación de los actos del debate para todas las partes vinculadas al proceso. De conformidad con el articulado correspondiente, se distinguen cuatro formas de hacer el registro:

1. Mediante grabación de imagen y sonido, lo cual supone un video demostrativo de los actos del debate.
2. Por grabación, en cuyo caso solamente se documenta el tenor de las declaraciones y resoluciones, así como de otros actos propios del juicio.

3. Por copia literal en taquigrafía o estenografía.
5. Por acta levantada por el secretario.

De lo anterior se puede prescindir y su ausencia abre la vía de impugnación de la sentencia. No debe incluir el acta las declaraciones de los comparecientes, sino la indicación de haber declarado o no, la forma como fue tratado el testigo, si hubo interrogatorio y por quiénes. A menos que sea ordenado no debe resumirse o transcribirse declaración alguna, pues eso corresponde a la redacción de la sentencia. Tanto a las partes como al *adquem* interesa lo tomado en cuenta por los juzgadores y no lo que dice haber escuchado el secretario.

Debe, en todo caso, documentarse el debate mediante una grabación al menos fónica, pero su ausencia no abre de por sí la vía impugnatoria, aunque podría acarrear responsabilidad disciplinada a los funcionarios.

Grabaciones más complejas o transcripciones taquigráficas, debidamente ordenadas por el tribunal, prueban igualmente y con mayor detalle los actos del debate, pero con las mismas consecuencias de la grabación fónica en caso de omisión.

IX.7 Desarrollo del debate

IX.7.1 Apertura

IX.7.1.1 Declaración de apertura

La declaración de apertura del debate es el anuncio oficial de iniciación del juicio, sin embargo como ya se dijo- la apertura se compone de otros actos. Esta comunicación a las partes y al público, es importante dado que a partir de ese momento comienza el conocimiento de elementos que servirán de base para la sentencia.

Una vez hecha la notificación, el director del debate ha de prevenir al imputado acerca de la importancia del acto que se inicia y solicitará su atención a todo cuanto suceda.

IX.7.1.2 Intimación y declaración del imputado

Cumplido lo anterior se otorgará la palabra al representante del ministerio público y luego al querellante para que resuman su respectiva acusación. Inmediatamente, previo el interrogatorio de identificación, el imputado podrá declarar en ejercicio de la defensa material, en descargo o confesión de los hechos, o se podrá abstener. Todo esto debe serle advertido por quien presida.

La forma para la declaración del acusado o de varios de los imputados y sus facultades, está regulada en los artículos 319 y 320 del Código Procesal Penal. Desde una óptica estrictamente

formal, debe indicarse que pueden ser tratados y resueltos todos los incidentes en forma simultánea, sucesiva o diferida según sea el criterio del tribunal; y de la gestión se escuchará una vez a cada una de las partes. Podría reservarse para otro momento la tramitación, e incluso la resolución se puede diferir en la sentencia.

Luego, el ministerio público y el querellante leerán las acusaciones fiscal y privada; también podrán explicar verbalmente, en términos idóneos al alcance del imputado, el contenido de la acusación. La defensa podrá informar de su punto de vista con respecto a la acusación y a la querrela. Los efectos del acto están dirigidos a todos los sujetos del proceso: el tribunal ve demarcada claramente la competencia fáctica, lo que afectará la prueba a recibir y la congruencia del fallo por dictar; el actor penal tiene limitada su actividad probatoria al objeto del juicio que es la especie acusada; y la defensa tiene la seguridad de la imputación.

IX.7.1.3 Incidentes

Terminada la intimación se podrán plantear las cuestiones incidentales; aquellas cuestiones cuya solución puede eventualmente ser causa de suspensión según las letras del artículo 315 numeral 1. Es evidente que ante la ausencia de algunos testigos puede modificarse el orden de evaluación, sin que por ello resulte un perjuicio a quien se pretenda agraviado.

IX.8 Recepción de pruebas

IX.8.1 Peritos y testigos

La incomunicación de los testigos plantea un problema material, pues obliga a tener más de una sala de espera a fin de distribuir a quienes deben declarar en la misma causa. Otro obstáculo a esta disposición son las suspensiones para el almuerzo o de un día para otro, sobre todo en casos de fuerte impacto social, pues aunque se quitara comunicación del testigo no puede ser sustraído de las informaciones periodísticas. Estos aspectos no invalidan por sí solos la prueba, pero deben ser apreciados por el tribunal de acuerdo a la sana crítica.

En lo que respecta al interrogatorio, será el oferente quien haga uso de este poder y después las otras partes en el orden indicado por el tribunal, pero la defensa podrá interrogar de último aun cuando hubiera procedido inicialmente por ser su prueba. Quien presida vigilará porque no se formulen preguntas capciosas (que induzcan a error al compareciente), sugestivas (una afirmación que puede contestarse con un “sí” o un “no” sin mayor explicación) o impertinentes (fuera del objeto de prueba). La pregunta debe requerir una explicación del deponente.

Sobre este último concepto debe guardarse cuidado. La experiencia enseña que la declaración se compone de un tema central y de un tema periférico, ambos igualmente importantes. El primero es el hecho principal, pero el lugar, la hora, vehículos y personas intervinientes en un hecho de tránsito con resultado de homicidio culposo, corresponden a un tema periférico. Alrededor de esta información el testigo debe suministrar otros detalles que permiten, en algunos casos, establecer la credibilidad de su versión; así por qué estaba en el lugar, de dónde venía, hacia dónde

iba, con quién estaba, cuántas personas llegaron al sitio, si se presentó primero la policía de tránsito o la Cruz Roja, etc. Las partes tienen derecho al interrogatorio central como al interrogatorio periférico, y ninguno de los dos son impertinentes o fuera de orden.

IX.8.2 Lectura de documentos y prueba anticipada

Una vez recibida la prueba testimonial y pericial, se pasa a la lectura de documentos. Sin embargo, cabe aclarar que antes de suspender el debate por la falta o incomparecencia de algún testigo o perito, debe agotarse la prueba que se tiene a mano, donde resulta clara la modificación del orden de recepción de la prueba y es posible pasar inmediatamente a la lectura de la prueba documental. Entre ella la más importante es la prueba anticipada.

El procedimiento de anticipo de prueba es la confirmatoria de una regla de capital importancia para el juicio oral: solamente tiene validez para fundamentar una sentencia, la prueba producida verbalmente en el juicio oral. Esto es, no tiene validez acto alguno de investigación realizado por el ministerio público o por la policía en la fase preparatoria, pues aquellos sólo han de aprovechar para dar fundamento a la acusación o requerimiento de apertura a juicio.

Esto cambia el concepto mismo de prueba, que será la producida en el debate o incorporada por lectura cuando excepcionalmente se ha utilizado el mecanismo del anticipo jurisdiccional. En otros términos, los actos de investigación de la policía y del ministerio público para preparar la acusación no son prueba ni pueden llegar a tener el valor de tal. El principio está recogido por el artículo 276 del Código Procesal Penal, que reza así:

«Artículo 276. Validez de las actuaciones».

«No tendrán valor probatorio para fundar la condena del acusado las actuaciones de la investigación preparatoria, salvo las pruebas recibidas de conformidad con las reglas de los actos definitivos e irreproducibles y las que este Código autoriza introducir en el debate por lectura».

La regla es la ausencia de todo valor a las diligencias policiales y actos del ministerio público, con las aparentes salvedades: (i) las pruebas recibidas de acuerdo a la regulación de los actos definitivos e irreproducibles, y (ii) las actuaciones autorizadas a incorporar al debate por lectura. Es claro que estas dos situaciones no constituyen excepción a la regla, por cuanto la normativa para la realización de actos definitivos e irreproducibles y cualquiera otro autorizado a introducirse por lectura al debate, son los anticipos de prueba dirigidos por un juez y no por un policía o un fiscal. Aquel debe hacer un señalamiento con cita de las partes, y procurar el ambiente del juicio sólo para el recibo de la prueba, con contradictorio, oralidad e inmediación, y desde luego con el interrogatorio de las partes.

Las dos situaciones en que corresponde la realización del anticipo jurisdiccional de prueba, son correlativas a las indicadas por el artículo 276:

(i) La práctica de un acto definitivo e irreproducible, es decir que no podrá reproducirse en el debate; como por ejemplo: la inspección ocular de un escape que debe repararse inmediatamente, un peritaje que exige la destrucción de la evidencia, la declaración de un testigo

moribundo o de quien puede olvidar las circunstancias del hecho. Y los actos que afecten los derechos fundamentales, constitucionales o previstos en convenios internacionales. En este último caso, es evidente que la potestad de suspender individualmente derechos fundamentales está a cargo del juez, nunca del Ministerio Público y menos de la policía.

Una conclusión preliminar es que la nominación anticipada jurisdiccional de prueba o prueba anticipada corresponde al género, en tanto los actos definitivos e irreproducibles y los que producen afección de derechos fundamentales son la especie. Ambos casos de anticipo jurisdiccional de prueba, son correlativos a los incisos 1 y 2 del artículo 312.

Artículo 312. Excepciones a la oralidad. Pueden ser incorporados por lectura al juicio:

1. Los informes, las pruebas documentales y las actas que este código expresamente prevé.
2. Las actas de los anticipos de prueba, sin perjuicio de que las partes soliciten al tribunal la comparecencia personal del testigo cuando sea posible.
3. Los informes de peritos.
4. Las declaraciones de coimputados que se encuentran en rebeldía.

La parte destacada en cuanto se refiere a la posibilidad de reproducir actos que fueron realizados bajo las reglas de la prueba anticipada, es evidente que alude a la especie de los actos definitivos e irreproducibles únicamente. Este es el caso del testigo que se murió para el momento del debate, del que no regresó al país y cuyas declaraciones se han conservado.

Por otra parte, el inciso 1) alude a documentos de diversas clases, cuya incorporación al debate debe hacerse por lectura, pero las actas que se han hecho notar con el subrayado, han debido levantarse también bajo el procedimiento de anticipo de prueba, por afectar derechos fundamentales como son la defensa, el domicilio, la propiedad y la integridad corporal. Esta interpretación deriva del citado principio de invalidez probatoria de los actos extra juicio, pues de otro modo se estaría admitiendo la fuerza probatoria de los actos del ministerio público y de la policía, en abierto quebranto del debido proceso estructurado en el Código Procesal Penal.

Antes de volver sobre el anticipo jurisdiccional de prueba, cabe señalar que el artículo 312 en sus incisos 3) y 4) permite la incorporación por lectura al debate de declaraciones -legales- rendidas por coimputados rebeldes o absueltos, así como de las actas de prueba recibidas durante el juicio, pero fuera del recinto.

La prueba constante en documentos puede ser incorporada mediante una lectura parcial, siempre que todas las partes lo consientan, pero uno de los jueces debe verbalmente hacer un resumen de su testimonio para que integralmente se introduzca al debate. El incumplimiento de lo anterior implica la pérdida de toda fuerza probatoria de modo que se prohíbe la valoración para sentencia.

Ahora bien, la posibilidad de recabar prueba definitiva e reproducible o que afecte derechos fundamentales, puede presentarse -evidentemente- durante el procedimiento preparatorio y esa es básicamente la prueba anticipada de la que ha versado la exposición. Pero debe quedar que al cierre de la audiencia preliminar en el procedimiento intermedio, el juez puede ordenar la realización de prueba anticipada para el debate igualmente antes de la celebración de este, durante la etapa de juicio, de darse los supuestos del anticipo jurisdiccional de prueba el tribunal puede ordenar la recopilación de información por esta vía.

IX.8.3 Otros medios de prueba

Terminada la recepción de la prueba pericial, testimonial y documental, continúa la recepción del material probatorio, conformado de otros medios de prueba. Debe recordarse que el Código Procesal Penal establece el sistema de libertad probatoria, caracterizado (por oposición al sistema de prueba tasada) por no tener un número clausus o catálogo cerrado de medios probatorios con un valor preconcebido, sino un *numerus apertus*; tus medios de prueba cuyo valor será determinado por el juez -a posteriori- después de conocer la información allegada al proceso.

De consiguiente, podrán reproducirse grabaciones de sonido o imagen, o ambas, y exhibirse las evidencias físicas cualesquiera que estas sean.

Es de reiterar aquí que, por acuerdo de partes, se podrá conocer sólo parcialmente el tenor de los medios audiovisuales, pero uno de los jueces debe hacer verbalmente una síntesis de ellos. De no procederse de esta forma el medio carece de fuerza probatoria, por no haberse incorporado íntegramente al debate. Sin embargo, el hecho de su conocimiento parcial no autoriza las ediciones, prohibidas expresamente en el artículo 140 del Código para las grabaciones de las actuaciones procesales.

Esto termina con la práctica que hemos seguido de tener por incorporada la prueba no testimonial, sin necesidad de su exhibición o lectura, cuando todas las partes y el tribunal así lo consientan y conste en el acta.

IX.8.4 Prueba para mejor proveer

La potestad de ordenar prueba para mejor resolver se encuentra en el Código, como una medida de carácter excepcional, cuando las revelaciones resultantes del debate hagan necesario conocer la información que podrían suministrar nuevos testigos, peritos, documentos, etc. Puede ser ordenada esta prueba a petición de parte o de oficio. Pero, en la legislación dominicana sólo está permitida la incorporación de nuevas pruebas, no ofrecidas durante al etapa preparatoria, a pedimento de parte según resulta del contenido del artículo 330 del CPP. Este texto ha derogado disposiciones coincidentes con aquellas otras de derecho comparado antes referidas, como las contenidas en los artículos 231 y 232 del antiguo Código de Procedimiento Criminal Dominicano de 1884 que aluden al poder discrecional del juez.

En las legislaciones en comentario, ordenar la prueba de oficio se tiene como reflejo del principio de instrucción, en virtud del cual al juez interesa la averiguación de la verdad real, de modo que no está limitado al ofrecimiento de prueba del ministerio público y las otras partes, aun cuando

se trata de una potestad, es evidente el deber de ordenar la prueba para mejor proveer que se tiene a mano, bajo el riesgo – en su omisión – de ser anulada la sentencia por concurrir en ella el vicio de falta de fundamento.

Pero, aun en aquellas legislaciones no es posible sustituir la totalidad del material probatorio, ordenado para el debate, por otro completamente distinto, encubriendo la maniobra bajo una orden de prueba para mejor proveer. La necesidad de esta clase de prueba debe surgir del desarrollo del debate, para dilucidar un hecho o circunstancia grave pero no para acreditar la acusación fiscal desde su origen. De no ajustarse a las disposiciones de ley se daría una flagrante violación al derecho de defensa y la consecuente responsabilidad de las personas involucradas en el hecho (jueces, fiscal, querellante, etc.).

Finalmente, concluida la evacuación de la totalidad del elenco probatorio se pasa a la discusión final también conocida como “etapa de conclusiones”, regulada por el artículo 331. Aquí se empleará con mayor relieve la dialéctica, la retórica o la tópica jurídica. Las partes ya conocen el contenido de la prueba igual que el tribunal, la defensa está impuesta del hecho acusado y de las acciones penales y civiles en su contra; con esos antecedentes es propicia la decisión final.

IX.9 Discusión final

La discusión se realiza con la finalidad -cada una de las partes- de convencer al tribunal.

Obviamente los fiscales y abogados pueden consultar notas, sobre todo las tomadas durante la audiencia al escuchar a los testigos y las conclusiones de las otras partes, pero no es admisible el prejuicio que evidencia la lectura del discurso. Cada parte debe elaborar sus conclusiones en la audiencia, no antes. Por ello, si bien es posible la consulta de apuntes breves, queda prohibido leer memoriales.

Aunque no se traduce en consecuencias tan severas, llevar las conclusiones escritas al juicio reviste la misma gravedad -a los efectos del proceso- que si el tribunal redactara la sentencia antes de cerrar el debate. Probablemente se tocarían aspectos externos al desarrollo del juicio y se dejarían fuera algunos puntos importantes del debate.

Consecuencia del desgaste de nuestra disciplina ha sido correr el eje del derecho penal, de las consecuencias del hecho punible al juicio de culpabilidad. Así, el centro de la acusación, de la defensa y de la decisión jurisdiccional, es la absolución o la condena del culpable; pero la pena, consecuencia que en mayor forma afecta al imputado, ha sido tratada con descuido -por no decir desinterés- por parte de los operadores del sistema. Esta denuncia, sin ser novedosa, ya ha sido afirmada por Binder para destacar la importancia de la división del juicio en dos fases.

Leer un memorial es una violación al principio de contradictoriedad, pues se deja de lado el argumento contrario desconocido cuando se escribieron las “conclusiones”. Si el vicio es a cargo del defensor perjudicaría gravemente a su patrocinado.

IX.10 División del juicio en dos fases

La cesura es un mecanismo creado para celebrar el juicio en dos partes:

1. Una primera fase denominada interlocutorio de culpabilidad, a cuyo término decide el tribunal acerca del hecho investigado y de la culpabilidad del imputado para lo cual emite una sentencia fraccionada
2. Caso de declarar la responsabilidad penal del acusado, continúa el juicio con el capítulo de punición en el que se recibe la prueba relativa a la individualización de la pena.

Bajo esa fórmula, «químicamente pura», la segunda etapa se destina a decidir acerca de la pena pero también de la “acción civil resarcitoria”. El Código dominicano no precisa el momento en que ha de producirse el ordenamiento por el juez de la división del juicio. En la práctica de algunos países como Costa Rica, la solicitud de realización del debate en dos fases debe formularse ante el tribunal de la fase intermedia, el que decidirá este aspecto antes de remitir la causa al tribunal de Juicio. Ese modo de instrumentar la petición y decisión de la cesura, excluyendo de la decisión a los jueces de juicio, pretende evitar el prejuicio de estos. De consiguiente, la oportunidad para determinar la división del juicio es durante la etapa intermedia.

Sin embargo, existe una excepción regulada en el citado ordenamiento: El tribunal de juicio puede escindir el debate en dos etapas cuando el hecho fue cometido (1) en un grupo social con características culturales particulares, para determinar las reglas de cultura del imputado. Pero esta resolución no puede darse a priori sino como una necesidad sobrevenida del desarrollo de la audiencia, de tal modo que se protege al juzgador del prejuicio.

Debe subrayarse, con el fin de aclarar totalmente el tema, que la división del juicio en dos fases no obedece al curso natural del proceso, sin una petición de la parte interesada o a la necesidad surgida en el desarrollo del debate. Pero debería ser la regla para todos los juicios.

Desde una óptica economista del proceso resultaría ocioso recibir una gran cantidad de medios y elementos probatorios relativos a la pena y a la cuestión civil, si el tribunal ya se hubiera formado criterio para resolver; así, resuelto el interlocutorio de culpabilidad -en algunos casos- se podrá dictar sentencia definitiva.

Un problema importante es definir los parámetros que en otros ordenamientos han de ser ponderados por el juez, para con esto rechazar la petición de cesura o división del juicio. Como resulta obvio, el capítulo de punición responde a un concepto garantista en cuanto a través de él debe probarse y fundamentarse la pena necesaria, lo cual nos lleva a la idea de conceder siempre la petición de cesura. Esta debería ser la regla, pues convendría evacuar en todo proceso la prueba que permita la individualidad de la pena; pero la realidad es otra, las partes no se preocupan de realizar actividad probatoria sobre estos aspectos. Por ello la cesura debe concederse, de momento (y con el deseo de un pronto cambio) por razones de orden únicamente, cuando se ofrezca una buena cantidad de pruebas para la individualización de la pena, que se reservarán para el eventual capítulo de punición. Igual criterio debe privar en caso de división solicitada por las partes civiles, cuando se da el ofrecimiento de la prueba. Debe tratarse con cuidado el punto, pues no siempre que la primera fase termine en absolutoria se podrá prescindir de la

segunda parte de la audiencia, porque en algunos casos a pesar de recaer sentencia liberatoria de responsabilidad penal habrá de condenarse civilmente. No corresponde ahora hacer una exposición en extenso acerca de la división del juicio o cesura, como se le suele llamar en Costa Rica, pero es menester advertir -aunque sea de paso- la existencia de dos situaciones en que a pesar de la absolución en el primero debe celebrarse el segundo capítulo del juicio.

Cuando el hecho probado en el interlocutorio de culpabilidad es típico y antijurídico pero no culpable, por una causal de imputabilidad, la concurrencia de inexigibilidad (no exigibilidad de otra conducta) o un error de prohibición invencibles esos casos, no obstante la exclusión de la culpabilidad el hecho es típico y antijurídico, de donde se ha configurado el injusto y aunque no se configure el delito y no sobrevenga la pena- la ilicitud podría acarrear responsabilidad civil. En los casos de responsabilidad civil objetiva (culpabilidad), no originada en una acción típica y antijurídica.

Además podrían darse casos en que se lleva adelante una acción civil resarcitoria, iniciados bajo la calificación jurídica de esta estafa, estelionato, apropiación indebida, etc., que si bien podrían resultar atípicos en sentencia, no por ello el tribunal podría dejar de resolver en lo civil si hay base de orden contractual suficientemente probada.

En definitiva, los parámetros que provee la legislación dominicana no son numerosos, pero precisan que es inadmisibles la revelación de prueba sobre los antecedentes y la personalidad del imputado en la primera parte del juicio, es decir, en la parte en donde se discute sobre la prueba de la existencia del hecho y la culpabilidad del imputado (ver Art. 348 CPP-RD). La cuestión de cuando se produce la orden de división, es tema para discusión y de precisión doctrinal y jurisprudencial.

IX.11 Clausura

Después de escuchar el resumen final de conclusiones de cada una de las partes, se inicia la fase de clausura del debate que no está constituida por una simple declaración de cierre, pues se trata de un acto complejo. Se encuentra regulada en el artículo 331 del Código Procesal Penal.

Según el enunciado normativo, "...terminada la recepción de las pruebas, se dará la palabra a la víctima si estuviere presente, aunque no se hubiera constituido en parte durante el proceso, con la finalidad de que argumente de modo personal y directo con relación a los hechos investigados (ésta es una novedad con relación al proceso anterior)...""Acto seguido se otorga la palabra al imputado para que exprese cuanto considere conveniente".

Las consecuencias de estas manifestaciones y de la víctima, en torno al valor probatorio que se les atribuye, ha sido causa de interesantes discusiones en Costa Rica. Aquí la legislación no provee la claridad suficiente para obviarlas definitivamente. La nota de interés la pone la cuestión de que tales intervenciones ocurren luego de el enunciado del texto en comentario ha dicho, terminada la recepción de las pruebas, como colocando lo que sigue fuera de la actividad probatoria del juicio.

Por lo que conocemos, las viejas prácticas procesales dominicanas, pueden proveer parámetros de entendimiento de esta cuestión.

Finalmente se declara el cierre del debate. En este momento ha concluido el debate y ha terminado su primera manifestación oral y pública.

IX.12 Deliberación

El paso siguiente a la clausura del debate es la deliberación, regulada por los artículos 332 y 333 del Código Procesal Penal. Esta se debe iniciar sin espera alguna pues con ello se pretende evitar los olvidos, se tutela así la inmediación.

Los jueces reunidos en sesión secreta por un plazo máximo de dos días, deben resolver todos los extremos planteados en el juicio. Sólo se admite como causa de suspensión por un plazo máximo de tres días, la enfermedad de alguno de los miembros del tribunal.

Un aspecto importante de la deliberación es su carácter secreto. Por razones deontológicas, aunque la ley no hubiera dicho nada, debe guardarse reserva acerca de la forma como se produjo la decisión jurisdiccional.

De acuerdo a lo dispuesto por el artículo 333, la agenda para la deliberación está constituida por los siguientes temas que deben resolverse en orden: (i) aspectos incidentales. (ii) la existencia del hecho, calificación legal y la culpabilidad. (iii) individualización de la pena (iv) restitución de las cosas, y (v) lo relativo a la responsabilidad civil y actos preparatorios.

IX.12.1 Votación

El mismo artículo 333 establece la forma de votación. Todo será resuelto por mayoría de los integrantes, a excepción de la cuantificación de la pena y de los montos de indemnización civil que -caso de desacuerdo- se fijarán en el «término medio», es decir en el promedio. Interpretada esta previsión a contrario, revela que en casos distintos a la cuantificación de la pena y de las partidas de la acción civil, de producirse diversidad de criterios, debe continuar la deliberación hasta que se forme la mayoría. No deja de ser un problema en este caso el trabajo contra el tiempo.

Debe aclararse que el voto se compone de dos partes: el fundamento y el dispositivo. El fundamento está constituido por la argumentación o razonamiento que da base al sentido del voto, en tanto el dispositivo es la decisión misma. Fundamento es lo relativo a la justificante y el dispositivo es la absolucón o la condenatoria.

En algunos casos será suficiente la mayoría con relación al dispositivo, pero en otros la mayoría debe compartir tanto el fundamento como el dispositivo. Esto último por cuanto en algunos asuntos dependen del fundamento otras consecuencias no exclusivamente penales.

Cuando la mayoría se forme por el dispositivo únicamente, el fundamento de cada voto debe incluirse en la sentencia porque el razonamiento de cada Juez pasa a formar la motivación integral del fallo. Como se ha dicho, la legislación dominicana distingue dos especies del voto minoritario: el voto salvado y el voto disidente.

En los casos en que la mayoría debió formarse por el fundamento y el dispositivo de los votos, pero por un error in procedendo los juzgadores consideraron sólo el dispositivo e incluyeron fundamentos con efectos jurídicos distintos, la sentencia podría ser impugnada por el vicio de fundamentación contradictoria. Debe así el tribunal cuidar este aspecto para realizar un buen trabajo.

En lo que respecta al voto de minoría, puede insertarse dentro del «considerando» de una decisión o sentencia, como un capítulo más, o en su caso puede hacer un apéndice en que el juez disidente consigne sus razones, pero esto no lo exime de firmar la sentencia junto con la mayoría.

IX.13 Sentencia

IX.13.1 Requisitos

Como todo documento público, la sentencia tiene dos perfiles, uno externo y otro interno. Los requisitos externos están debidamente enumerados en el artículo 363, de manera que no requieren mayor explicación. Sin embargo, es necesaria una rápida visión de las exigencias internas del fallo. Internamente la sentencia está estructurada por la fundamentación o motivación a tres niveles: i) la fundamentación fáctica; (ii) la fundamentación probatoria, tanto descriptiva como intelectual; y (iii) la fundamentación jurídica.

IX.13.2 Redacción y lectura

Una vez terminada la deliberación, debe redactarse y firmarse la sentencia, cumpliendo los requisitos externos e internos apuntados por el código en el artículo 334. El tribunal, después de convocar verbalmente a las partes debe constituirse en la sala de audiencias, donde será leída «a quienes comparezcan»; esto es, al imputado, público o periodistas, abogados o al fiscal; con ello debe eliminarse la mala práctica de no leer el fallo cuando no se presentan las partes a la lectura, con lo que se ignora la importancia del público que ha concurrido como contralor del tribunal. Si se dijo que con la clausura del debate terminaba la primera manifestación oral y pública del juicio, con la lectura y notificación de la sentencia se da la segunda.

Por lo avanzado de la hora o la complejidad del caso, terminada la deliberación el tribunal podrá redactar y leer únicamente la parte dispositiva del fallo, pero uno de los jueces debe resumir oralmente las razones en que se basa el dispositivo. En la misma oportunidad se citará a las partes para la lectura integral de la sentencia, dentro de un plazo no superior a cinco días.



Aquí el Código Procesal Penal tiene una mejora con relación al viejo proceso que sólo daba tres días para la redacción y lectura diferida. Con ello se podrán cumplir de mejor forma los requisitos externos e internos de la sentencia.

De recaer sentencia absolutoria, se ordenará la libertad del imputado la que se hace efectiva desde la sala de audiencias. Al recaer sentencia condenatoria, podrá revocarse incluso la libertad del condenado mantenerse la prisión preventiva que, de rechazarse la casación, vendría abonar el descuento total de la pena.

Unidad X

Impugnación y Recursos

Autor

Dr. Pablo Llarena Conde

Contenido:

• Disposiciones Generales • El Recurso de Oposición • El Recurso de Apelación contra Resoluciones Distintas de la Sentencia • El Recurso de Apelación contra la Sentencia • El Recurso de Casación • El Recurso de Revisión

X.I Introducción

La Suprema Corte de Justicia de la República Dominicana, en su resolución 1920/2003, perfila una acepción del término recurso, al indicar que este es *una garantía procesal conferida al condenado, a quien se le reconoce el derecho a que se examine por un tribunal superior, la legalidad y razonabilidad de toda sentencia o resolución judicial que imponga a la persona un agravio irreparable o de difícil reparación, especialmente cuando ese gravamen incida sobre uno de sus derechos o libertades fundamentales, como es la libertad personal...Mediante este recurso, el condenado hace uso de su derecho a requerir del Estado un nuevo examen del caso como una forma de sentirse satisfecho o conforme con la decisión obtenida*".

En lo relativo a esta garantía procesal de la doble instancia, debe destacarse que la constitución de la República Dominicana de 25 de julio de 2002 -a diferencia de algunas constituciones modernas- dedicando su artículo 8 a la enumeración de los derechos individuales y sociales de los ciudadanos, no recoge expresamente ni el derecho a la tutela judicial efectiva¹, ni uno de los instrumentos que integran esta tutela judicial, cual es el derecho al recurso. Pese a esta omisión, la facultad de recurrir las resoluciones judiciales es coherente con los derechos delimitadores de la libertad individual que aparecen referenciados en el artículo 8.2 de la constitución y, desde luego, es un derecho que entra de lleno en el ordenamiento jurídico dominicano de la mano del Derecho Internacional suscrito por la república.

Así se deriva del artículo 3 de la constitución, cuyo párrafo 2 establece que *"la República Dominicana reconoce y aplica las normas de Derecho Internacional general y americano en la medida en que sus poderes públicos las hayan adoptado"*, puesto en relación con :

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 16 de diciembre de 1966, cuyo artículo 14.5 establece que: *"Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley"* y El artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que respecto al derecho de tutela judicial efectiva establece en su número primero que: *"Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la Ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter"*; y que con relación al recurso dispone en su número 2. h que: *" toda persona inculpada de delito tiene derecho...de recurrir el fallo ante juez o tribunal superior"*.

Así pues, el acceso al recurso es un derecho del justiciable inherente al sistema de garantías establecido en la constitución dominicana si bien, como veremos, no es un derecho absoluto sino condicionado; estando sometido a múltiples y variadas delimitaciones.

En el nuevo Código Procesal Penal la regulación de los recursos merece un tratamiento separado e individualizado. El legislador ha dedicado el Libro III del nuevo código a esta materia,

¹ La Constitución Española establece en su artículo 24.1 que *"Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión"*.

diferenciándose así de la tramitación dispersa y segregada que recogía el Código de Procedimiento Criminal que se deroga². De esta nueva estructura en la regulación destaca el hecho de dedicarse todo un Título (el Título I) a las disposiciones generales en materia de recursos, evitándose así la necesidad de extraer unos principios generales del regulado de los distintos medios de impugnación. Desafortunadamente esta regulación general se muestra incompleta, por lo que en muchos aspectos habrá de ser integrada por el contenido de los derechos fundamentales, por su interpretación jurisprudencial y por distintos extremos que vienen recogidos en otras normas procesales. En cualquier caso, esta estructuración ordenada lleva a que las disposiciones generales vayan seguidas de las previsiones específicas para los diferentes instrumentos de impugnación. Se regula así el recurso de oposición en el Título II. El Título III y Título IV, van dirigidos a la regulación del recurso de apelación; contra las resoluciones judiciales en general el primero, y contra las sentencias en particular el segundo. Por último, los Títulos V y VI estructuran el régimen jurídico del recurso de casación y de revisión respectivamente.

X.2 Disposiciones Generales

X.2.1 El Derecho al recurso

El artículo 393 del Código Procesal Penal establece que las decisiones judiciales sólo serán recurribles por los medios y en los casos expresamente establecidos en dicho código, no pudiendo recurrir sino aquellos a quienes el código autorice expresamente. Vemos pues que frente a la general afirmación anterior de que el derecho al recurso no es sino una manifestación esencial del derecho a la tutela judicial efectiva, el texto legal ha definido una trascendental restricción, afirmando que tal derecho queda condicionado a una triple limitación:

- a. Únicamente son susceptibles de revisión impugnativa las decisiones jurisdiccionales que el legislador haya previsto como recurribles.
- b. Las resoluciones sólo pueden atacarse mediante el sistema de impugnación o recurso legalmente previsto y no otro y
- c. La revisión judicial sólo puede ser dinamizada por aquellos a quienes la ley faculte expresamente para ello.

Así pues, la primera cuestión que se suscita es la propia validez de la norma restrictiva de la doble instancia, es decir, si por legalidad ordinaria puede definirse una limitación del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva concretado en el llamado derecho de acceso al recurso. La respuesta no puede ser sino positiva. El derecho al recurso, como parte integrante del derecho

2 El derogado Código de Procedimiento Criminal regulaba la materia impugnativa a lo largo de su articulado. Los recursos contra los autos y providencias del juez de instrucción y de la Cámara de Calificación eran regulados en el artículo 135. Del artículo 167 a 176 se regulaba la apelación contra las sentencias de simple policía. Las impugnaciones en materia correccional eran objeto de análisis del artículo 200 a 215. La apelación contra las sentencias dadas por los tribunales en materia criminal era regulado de los artículos 281 a 296, reservándose los artículos 305 a 314 para las demandas de revisión y los artículos 345 a 347 para la oposición a la sentencia dictada en contumacia.

a la tutela judicial efectiva, no comprende el derecho a obtener dos resoluciones judiciales a través del sistema de doble instancia, de forma que obligue a crear un sistema de recursos específico al legislador (STCE 61/1982), sino que es facultad de este establecer o no recursos contra determinadas resoluciones judiciales (SSTCE 3/1983, de 25 de enero y 30/1986, de 20 de febrero), así como definir y configurar su régimen jurídico (SSTCE 58/1987, 50/1990 y 374/1993).

X.2.2 Legitimación

Por sistemática y claridad en la exposición, pospondremos el análisis de qué resoluciones son susceptibles de impugnación conforme con el nuevo Código Procesal Penal y cuáles son los instrumentos previstos para la reconsideración de tales decisiones, limitándonos ahora a analizar la cuestión relativa a la legitimación para la interposición de los distintos recursos en aquellos casos en los que la ley los autoriza.

El artículo 393 del CPP hace una determinación positiva al fijar la posibilidad que tienen las partes de impugnar aquellas resoluciones que les sean adversas. Esta alusión a quienes se constituyan como partes en el proceso penal, determina la legitimación del imputado, del fiscal y de las partes civiles, tanto del lado activo como pasivo, del proceso.

No obstante, la legitimación no se agota en la alusión de este precepto, sino que se complementa con la disposición del artículo 396 del CPP, que fija la posibilidad de que la víctima –aún cuando no se haya constituido en parte³- pueda impugnar aquellas decisiones judiciales que afecten de manera particularmente intensa a sus expectativas como damnificados por el delito. De este modo, el nuevo Código Procesal Penal no sólo faculta a las partes a impugnar las decisiones procesales, sino que autoriza que tal recurso pueda interponerse también por los perjudicados por el delito, aún cuando no sean parte, siempre y cuando la decisión de la que se disienta sea una decisión de terminación del proceso depurativo de responsabilidad criminal⁴.

Junto a esta determinación de la legitimación general, en algunos supuestos especiales el propio código amplía el marco de quienes están facultados para impugnar la decisión. Es el caso del recurso de revisión –impugnación por revelaciones esenciales posteriores a la sentencia-, para cuya interposición el artículo 429 del CPP legitima también a los parientes más próximos del condenado fallecido, así como a las asociaciones de defensa de los derechos humanos o de asistencia penitenciaria o postpenitenciaria y al propio Juez de la Ejecución de la Pena cuando, en virtud de modificación legal o jurisprudencial, proceda la extinción o disminución de la condena.

X.2.3 Interés o Gravamen

La exigencia de que las decisiones atacadas hayan de ser desfavorables a las partes recurrentes, delimita un requisito estrechamente relacionado con la legitimación, cual es la existencia de un

3 No puede olvidarse que el artículo 27 del Código Procesal Penal dispone el derecho que asiste a la víctima a intervenir el procedimiento penal.

4 Es el mismo artículo 27 del Código Procesal Penal el que establece el derecho de la víctima a ser informada de los resultados del procedimiento en la forma prevista en el mismo código. En igual sentido se manifiesta el artículo 84.6, añadiéndose en el número 5 la posibilidad de la víctima de recurrir todos los actos que den por terminado el proceso.

interés, esto es, un gravamen o diferencia entre lo peticionado en su día por el recurrente y lo que fue concedido en la resolución de la que se discrepa. Esta exigencia planteará a buen seguro dificultades interpretativas en la práctica forense, debiéndose concluir que para la satisfacción de la exigencia de gravamen impuesta en el artículo 393 del CPP, el perjuicio ha de presentar una morfología que queda definida en los siguientes términos:

- a. El perjuicio ha de ser efectivo, no cupiendo recurrir cuando se pretenda una modificación de los fundamentos del fallo, si este resulta el pretendido⁵.
- b. Si el Tribunal de instancia ha actuado conforme al principio de *iuxta allegata et probata*, el cambio de fundamentación jurídica en la sentencia no produce incongruencia, y por ende, no existe gravamen.
- c. El interés puede ser parcial, siempre que el gravamen recaiga en la pretensión principal⁶.
- d. La incontestada condena en costas es, por sí misma, gravamen bastante para la impugnación de la resolución.
- e. La pretensión de un pronunciamiento condenatorio solidario, genera un interés en recurrir contra la sentencia que absuelva a alguno de los acusados, aún cuando el pronunciamiento haya mantenido la condena solidaria de otros.
- f. El gravamen puede ser de índole procesal. Se producirá cuando se rechace una demanda por estimar un vicio procesal que impida entrar en el fondo.

Contrariamente, no se percibirá el interés en aquellos supuestos en los que la resolución es favorable en el fondo, pero no se admitieron las excepciones procesales alegadas previamente en g) El Fiscal, al que el artículo 395 sólo permite presentar recurso contra las decisiones que sean contrarias a la que hasta entonces haya sido su reclamación o sus conclusiones, tal y como se derivaría también del artículo 393, se le permite impugnar con desviación de sus posiciones

5 La STC español 79/1987 contempló la admisión de un recurso de amparo presentado por el acusado contra una sentencia absolutoria, al apreciar la existencia de interés en el recurso por las siguientes circunstancias: "Proviene la absolución de una incorrecta formación técnica de la sentencia que condujo a la condena y simultánea aplicación de un indulto; se infringieron, a pesar de todo, daños en: a) el derecho al honor, afectado por una sentencia, que aunque no impone penas, declara al recurrente responsable de un hecho delictivo; b/ el derecho al recurso, que por efecto de un indulto no solicitado, imposibilita de hecho el discutir el fondo; y c) la declaración de una serie de hechos como probados que repercuten en una eventual responsabilidad civil, separada en su ejercicio por el correspondiente proceso civil". Esta sentencia es perfectamente aplicable a todos aquellos supuestos en los que la pretensión sea la absolución por falta de participación y la respuesta judicial descansa en la causación de unos hechos prescritos o respecto de los cuales concurre una excusa absolutoria o una circunstancia eximente de la responsabilidad criminal, pero no excluyente de una obligación civil de reparación.

6 Sentencias del TS español tienen fijado que la aceptación de la acción principal implica la de las pretensiones subordinadas, considerándose que existe gravamen si se estima la demanda subordinada pero no la principal.

previas, siempre y cuando se den dos requisitos excepcionales: 1. Que la impugnación se establezca en interés de la justicia y 2. Que la defensa de la justicia se pretenda además in favor rei, esto es, a favor del imputado (art. 395).

- g.** El Fiscal, al que el artículo 395 sólo permite presentar recurso contra las decisiones que sean contrarias a la que hasta entonces haya sido su reclamación o sus conclusiones, tal y como se derivaría también del artículo 393, se le permite impugnar con desviación de sus posiciones previas, siempre y cuando se den dos requisitos excepcionales: 1. Que la impugnación se establezca en interés de la justicia y 2. Que la defensa de la justicia se pretenda además in favor rei, esto es, a favor del imputado (art. 395).
- h.** El actor civil podrá recurrir aquellas resoluciones que le causen agravio y siempre y cuando lo sean en lo concerniente a su acción, esto es, en lo relativo a la acreditación de la existencia del hecho, la determinación de los criminalmente responsables, la vinculación de los responsables civiles, la existencia de daños y perjuicios así como su extensión y cuantificación y la relación de causalidad entre el hecho y el daño (art. 123 del CPP).
- i.** El actor civil no podrá recurrir el pronunciamiento absolutorio en la medida en que la acción civil sea resuelta conforme con sus pedimentos, vista la posibilidad del juez penal de pronunciarse sobre esta última (art. 53 del CPP).
- j.** La posibilidad de recurrir del responsable civil se asienta en el artículo 397, configurándose en igualdad de derechos –incluida autodefensa– que el inculcado, en los términos fijados en el artículo 131 de la ley procesal.

X.2.4 La autodefensa del imputado

Caso: Sobre las posibilidades de autodefensa en materia de impugnación de resoluciones judiciales.

Objetivo formativo: Mediante estos casos, se pretende conducir la discusión a la reflexión concreta sobre si el justiciable puede por sí mismo interponer un recurso contra determinada resolución judicial. La discusión alcanzará al análisis de quienes están legitimados para esta interposición directa y cuál será la actuación judicial que resulta procedente en la eventualidad de que la interposición responda a esta dinámica. El análisis se culmina sin embargo, con una reflexión sobre la forma procesal en que ha de conducirse judicialmente la discrepancia entre el parecer del representado y su letrado y sobre que criterio gozará de preeminencia en supuestos de final y definitiva discrepancia.

Descripción del supuesto fáctico:

1. El juez acuerda el reconocimiento corporal de un acusado de agresión sexual respecto del cual su defensa afirma la imposibilidad de autoría sobre la base de una objetivable homosexualidad. Ante esta resolución, el inculpado interpone recurso de oposición por no querer que pueda esclarecerse su orientación sexual. El letrado presenta un escrito defendiendo la importancia de la diligencia de prueba para la función técnica que le ha sido encomendada.

2. Interesada la aplicación del procedimiento especial para inimputables y acordada por el juez, el imputado recurre en oposición el pronunciamiento aduciendo su plena capacidad para el conocimiento y la voluntad de sus actos.

Los extremos relativos a la legitimación del imputado son complementados en artículos concordantes.

Así, con relación al imputado, si el artículo 18 establece el derecho irrenunciable a defenderse personalmente y a ser asistido por un defensor de su elección o –en su defecto- uno de oficio, y si el artículo 111 dispone que el imputado puede asumir su propia defensa conjuntamente con el irrenunciable defensor técnico, la afirmación del artículo 394 de que en materia de recursos *el defensor puede recurrir por el imputado*, despliega una doble dimensión en cuanto a eficacia, pues no sólo entraña la afirmación explícita que la redacción recoge, sino que define la posibilidad de autodefensa, es decir, la facultad que tiene el inculpado de impugnar por sí mismo y sin necesidad de asistencia técnica, la decisión que considere adversa y sea legalmente susceptible de revisión. La facultad se recoge de forma incontestable en el artículo 404 del CPP, que hace referencia a los supuestos en los que una decisión judicial es solamente impugnada por el imputado o por su defensor. Este reconocimiento procesal de la autodefensa entraña la obligación judicial de dar a la impugnación directamente presentada por el imputado, la misma tramitación y respuesta de que sería objeto el recurso interpuesto por su asistencia técnica; una facultad no reconocida al resto

de las partes⁷, pero que suscita el problema de cómo habrá de resolverse la posible contradicción entre las estrategias procesales del abogado y su cliente.

La función garante del juez en esta materia, viene recogida en el artículo 111 del Código Procesal Penal, el cual establece que el juez velará para que la autodefensa del imputado no perjudique la eficacia de la defensa técnica; no obstante, la afirmación no debe interpretarse en el sentido de deberse subordinar la voluntad del imputado a la de su letrado, ni siquiera a la estrategia del letrado en aquellos supuestos en que la misma goce de un mayor pronóstico de eficacia técnico-jurídica. En tales supuestos, el juez habrá de hacer ver al imputado la contradicción de su pretensión y el perjuicio que puede reportar a la eficacia de su defensa, si bien teniendo claro que la voluntad que finalmente primará no es sino la del cliente, siempre y cuando esta responda a una decisión informada y libre. Esta interpretación es la única que se muestra coherente con la libertad individual del encausado y con la preeminencia de su voluntad que en materia de recursos viene plasmada en el artículo 398, al indicar que el defensor no puede desistir del recurso sin autorización expresa y escrita del imputado.

7 Existe la posibilidad, como veremos, de atribuir también la autodefensa en este aspecto al responsable civil.

X.2.5 Tramitación General

Casos: Sobre la posibilidad de subsanación de los defectos observados en la interposición de los recursos y sobre los supuestos en los que –por ser insubsanables- puede ser procedente de la inadmisión a limine del recurso.

Objetivo formativo: El análisis de diversos defectos cotidianos en la interposición de los recursos, ha de llevar a un análisis de la doctrina general sobre su subsanabilidad, permitiendo al alumno una respuesta responsable ante el ilimitado elenco de defectos que pueden llegar a observarse en la práctica.

Descripción de los supuestos fácticos:

1. Habiendo denegado el juez la apertura del juicio oral, la acusación particular interpone recurso que identifica como de oposición (en lugar de apelación) en el que, con indicación de los motivos de la impugnación, pretende la revocación de la denegación impugnada.
2. Denegada la apertura del juicio oral, el Ministerio Fiscal interpone recurso de apelación a los seis días laborables de su notificación.
3. Denegada la apertura del juicio oral e interpuesto recurso de apelación en tiempo y forma por el Ministerio Fiscal, la defensa presenta escrito de contestación a los cuatro días del traslado dado para ello.
4. Notificada la orden de secuestro ordenada por el juez, se recibe en plazo legal recurso de oposición contra la misma, sin que en dicho escrito aparezca firma de letrado ni del inculpado.
5. Acordado por el juez el internamiento psiquiátrico del inculpado, su representación interpone en plazo recurso de apelación en la que se asienta la pretensión revocatoria en que *“conforme a la prueba practicada hasta la fecha, el internamiento adoptado resulta contrario a derecho”*.

X.2.5.1 Presentación del recurso

X.2.5.1.1 El Plazo

El artículo 399 del CPP impone una exigencia temporal al establecer que “*los recursos se presentan en las condiciones de tiempo... que se determinan en el código*”. Esta obligación de interponer el recurso en un plazo concreto reside en la aspiración de conjuntar la posibilidad de revisión de una resolución, con la exigencia de que la decisión adquiera –para que pueda llegar a ser operativa- los efectos de la cosa juzgada formal.

Los plazos que el legislador otorga para impugnar varían en función de la naturaleza del recurso y serán objeto de análisis posteriormente, no obstante, sea cual sea este:

- a. Son plazos de caducidad, apreciables de oficio e interrumpibles únicamente por la presentación de un recurso con todos los presupuestos de admisibilidad. Así se deriva expresamente del artículo 143, que establece que *los plazos son perentorios e improrrogables... salvo que la ley permita su prórroga o subordine su vencimiento a determinada actividad o declaración* –lo que aquí no ocurre-.
- b. A los efectos de la impugnación, sólo computarán los días hábiles.
- c. El cómputo del plazo comienza al día siguiente de practicada la notificación. No obstante, cuando se trate de plazos comunes –o cuando el vencimiento del término abra una fase procesal de actuación de quienes ocupan una posición opuesta en la relación jurídico procesal⁸- el código define que el cómputo del plazo comience tras la notificación al último de los interesados.
- d. El plazo vence a las doce de la noche del día señalado.

No obstante la sencillez de estas normas, son numerosas las cuestiones que con relación al plazo se van a suscitar:

- I. El completo aprovechamiento de la posibilidad de presentación hasta las doce de la noche del día del vencimiento

Los múltiples procedimientos existentes en poblaciones de mediana o gran extensión determinan la necesidad de una organización jurisdiccional que permita la distribución de los casos entre diversos órganos judiciales que cuentan con una idéntica competencia objetiva, funcional y territorial. No obstante, resulta inconcebible, desde el punto de vista operativo, que todos los juzgados faciliten la presentación efectiva de escritos, todos los días y en todas sus horas. La propia distribución del trabajo aconseja encomendar de forma sucesiva a los distintos órganos judiciales la realización de aquellas funciones que, por su urgencia, no admiten demora (Art. 76 del CPP). Estas funciones de guardia pueden ampliarse a la recepción de recursos, de forma que desde el punto de vista del justiciable, no exista una restricción de la posibilidad de entregar su recurso

⁸ Vg. la contestación a la impugnación.

hasta las 12 de la noche del día del vencimiento del término (art. 143)⁹ y que la organización de esfuerzos y medios de la administración de justicia sea posibilista y operativa. Se reconocerá así la posibilidad de presentar el recurso ante un juzgado de guardia, y no ante el órgano jurisdiccional que originariamente haya de recepcionarlo, siempre y cuando se cumplan cuatro requisitos: a) Que su presentación esté sujeta a un plazo perentorio (entendido en el sentido de que se trate del último día del plazo); b) que se dirija a cualquier otro órgano judicial que tenga jurisdicción en el territorio en el que se presenta; c) que el escrito se presente una vez concluida la jornada de trabajo del Juzgado o Tribunal destinatario y d) que su presentación se efectúe durante el horario de guardia del juzgado.

2. La inobservancia del plazo:

El Tribunal Constitucional español tiene establecido en reiterada jurisprudencia que una vez que se prevé legalmente un recurso, el mismo se incorpora al derecho a la tutela judicial efectiva, de suerte que puede afirmarse la violación del debido proceso cuando se impida el acceso al recurso por causas no razonables o arbitrarias, o bien por una interpretación rigorista o literal, no acorde con los fines de la norma legal que autorice el recurso¹⁰. No obstante, la exigencia judicial de observancia de los plazos establecidos por la ley para la interposición de los recursos resulta del todo razonable, debiéndose atribuir a su incumplimiento la consideración de defecto insubsanable, pues debe tenerse presente, como afirma también el Tribunal Constitucional español, que *“la inmodificación de la sentencia integra también el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva, de modo que si fuera del cauce del correspondiente recurso, el órgano judicial modificase una sentencia, vulneraría el derecho fundamental del justiciable a la tutela judicial efectiva, puesto que la protección judicial carecería de efectividad si se permitiera reabrir un proceso ya resuelto por sentencia firme”*.

3. La prórroga del plazo:

Como se vio, el artículo 143 del CPP establece que los plazos son perentorios e improrrogables, salvo que la ley permita su prórroga o subordine su vencimiento a determinada actividad o declaración. Si bien la aludida posibilidad de prorrogar los plazos no se recoge para los recursos en los artículos 393 y siguientes de la ley rituaría, no obstante, la cuestión surge a la luz del artículo 147 del CPP, el cual establece la posibilidad que tienen las partes de solicitar la reposición total o parcial del plazo, cuando por defecto de la notificación, por razones de fuerza mayor o por caso fortuito, no hayan podido observarlo. Nada empece que tal previsión legal pueda entrar

9 Debe destacarse la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 28 de octubre de 1998 (Perez de Rada Cavanilles contra España) en la que se condeno al estado español por la inadmisión de un recurso que había sido remitido por correo en plazo desde el lugar de residencia de la recurrente.

10 La Sentencia del Tribunal Constitucional Español 113/1988, en su fundamento jurídico quinto, recoge: “Es reiterada doctrina de este Tribunal que, una vez reconocida legalmente la previsión de un recurso, el acceso al mismo se incorpora al derecho de tutela judicial efectiva, integrándose en él, con la posibilidad, por tanto, de su desconocimiento o violación cuando se impida dicho acceso por causas no razonables o arbitrarias, o bien por una interpretación o aplicación rigorista, literal, no concorde con los fines de la norma legal que autorice el recurso. Cabe, sí, que una irregularidad procesal no tenga trascendencia para el derecho constitucional en juego, en el supuesto de ausencia de perjuicio real o material para la parte o partes interesadas. Pero cabe también que, por esa irregularidad, padezca el derecho fundamental o que se vea de tal modo restringido que equivalga a su anulación, a su pérdida, es decir, a la imposibilidad, dentro del proceso en curso, de obtener la pertinente y fundada respuesta judicial, la tutela efectiva que propugna el art. 24.1 C. E., tutela que exige que todas las normas han de interpretarse y aplicarse en el sentido más favorable para la satisfacción de ese derecho. Eso sucederá cuando, por una aplicación incongruente de las normas, se impida a la parte el acceso a un recurso que paladinamente la Ley le confiera, dejándola indefensa ante una resolución judicial firme sin respuesta adecuada y, por tanto, imprejuizado, no resuelto, o no determinado el derecho sustantivo en conflicto”.

también en funcionamiento en materia de impugnación y si bien no existirá ningún problema en los supuestos de defectuosa notificación, toda vez que el defecto impide en rigor el inicio del cómputo del término, el problema se suscitará con relación a los supuestos de fuerza mayor o caso fortuito. En tal sentido, el hecho de que la prórroga altere los términos temporales de firmeza fijados por el legislador; determina el carácter extraordinariamente restrictivo con que debe ser administrada la facultad por los tribunales, limitándola a aquellos supuestos en los que una denegación puede generar una real y efectiva indefensión de la que no es en absoluto responsable la parte y siempre y cuando –claro está- la prórroga interesada se curse antes de que la resolución haya devenido firme o inmediatamente después, en el primer momento en el que la parte pudo hacerlo.

4. Cómputo del plazo en supuestos de rectificación o aclaración

El artículo 405 de Código Procesal Penal establece que los errores de derecho en la fundamentación de la decisión impugnada que no influyan en la parte dispositiva, no la anulan, pero deben ser corregidos, como también han de serlo los errores materiales en la denominación o el cómputo de las penas. Esta posibilidad de rectificación recogida en el código resulta irrelevante a efecto de recursos, toda vez que no son susceptibles de impugnación las resoluciones por mera discrepancia en la argumentación, cuando no se ataca la parte dispositiva. No obstante, el precepto resulta insuficiente en cuanto al régimen jurídico de otro tipo de errores frecuentes en la labor judicial. Me refiero a los casos en los que la resolución incorpora errores materiales, mecanográficos o aritméticos evidentes. En tales casos, la estructuración de una alzada para su corrección resulta excesivo, siendo admitida la subsanación del defecto por el propio juzgador de instancia a través de una resolución nueva que complementa a la anterior. En todos estos casos de corrección posterior; así como cuando haya sido la parte la que haya pedido la aclaración de extremos oscuros o confusos en el redactado de la resolución, se plantea la cuestión de cuándo empezará a contar el término de impugnación de la decisión judicial, habiéndose de entender que será desde el momento de la aclaración o corrección, si bien con la exigencia de que si la corrección responde a una petición de parte, esta se hiciera antes de que la decisión deviniera firme, único modo de evitar fraude de ley y conciliarlo con la pragmatidad de la ejecución si se ha ganado el efecto de la cosa juzgada formal.

5. Cómputo del plazo en supuestos de toma de conocimiento de la decisión de manera independiente a la notificación

El Tribunal Constitucional español ha estimado que no es arbitrario ni erróneo computar como días a quo para recurrir; la fecha en que la parte tuvo real y efectivo conocimiento de la resolución, aún cuando no se hubiere llevado a cabo una formal notificación de la misma o esta hubiere sido incorrecta. En este sentido la STC 176/97, señala: *“no cabe considerar manifiestamente arbitraria ni patentemente errónea la aplicación de la ley procesal que ha hecho el órgano judicial al inadmitir a trámite el recurso de reposición intentado por el recurrente aunque, ciertamente, el órgano judicial pudo efectuar una interpretación más favorable al derecho; pero, se trata de una cuestión de legalidad procesal, en la que este Tribunal no puede entrar”*¹¹

11 En el caso enjuiciado la Juez consideró que el actor tuvo un conocimiento completo de la providencia recurrida -de su fecha y de su contenido- por medios extraprocesales -su empresa le comunicó que la retención se había llevado a efecto- y también a través de su personación en las actuaciones mediante Letrado y Procurador; el 17 de junio de 1994, a lo que se suma el hecho de haber intentado combatir; ya en el proceso, la decisión de retención del 50 por 100 de la indemnización laboral que le

6. Cómputo del plazo en supuestos de doble notificación

En aquellos supuestos de notificación de una resolución determinada al letrado y posterior notificación de la misma al propio interesado –o viceversa-, el Tribunal Constitucional español¹² ha establecido que no es correcto tomar como momento inicial del cómputo el de la primera notificación, y que, consiguientemente, no será extemporánea la presentación del recurso cuando no haya transcurrido el plazo contando inicialmente desde la segunda notificación practicada. La interpretación, nuevamente, es una cuestión que corresponde a la jurisdicción ordinaria, no obstante, parece entrar en controversia con la indicación constitucional fijada al pie del punto anterior y –respecto al acusado- con la autorización que brinda el derecho dominicano de poderse recurrir la resolución por cliente o letrado indistintamente. No obstante, de adverso, el hecho de que se atribuya al juez un control en los supuestos de discrepancia entre las estrategias procesales de ambos, parece imponer la necesidad de conocimiento dual y, consecuentemente, que sea la notificación al último de ellos la determinante del momento inicial del cómputo.

7. Cómputo del plazo en supuestos de omisión de la indicación de los recursos procedentes contra la resolución o en los supuestos de error en esa indicación

La notificación de una resolución impone la necesidad de indicar qué recursos caben contra ella y el plazo y lugar para su interposición.

Se plantea así, en primer término, cuál será la consecuencia de que se eluda tal información al momento de la notificación, cuestión ante la que habrá que concluir que:

- a. La omisión ni vincula, ni es requisito del recurso ulterior, pudiendo la parte interponer los recursos definidos por el legislador.
- b. Resultará improcedente cualquier pretensión de nulidad del proceso asentada en tal omisión de información, quedando a favor de la parte únicamente la acción para interesar la subsanación del defecto, obteniendo así una notificación en forma y – en su caso- un correcto dies a quo para la interposición del recurso.
- c. La parte podrá optar entre dicha subsanación o interponer el recurso de fondo que crea procedente.

En segundo término surge la cuestión de la trascendencia procesal que habrá de darse a la información equivocada o errónea proporcionada por el órgano jurisdiccional con relación a estos extremos. En tales supuestos las reglas conducentes serán:

correspondiese mediante una inapropiada solicitud de nulidad de actuaciones de fecha 16 de junio de 1994. Con base en todo ello la Juez consideró notificada la resolución que más tarde se intentó recurrir en la citada fecha en que fue indebidamente impugnada mediante la solicitud de nulidad, y por ello extemporáneo e inadmisibile el recurso de reposición de 1 de julio de 1994 del que traen causa el resto de las impugnaciones. Podrá discutirse el acierto de esta interpretación, según la cual se consideró como actuación hecha en fraude de ley el intento de recurrir en reposición una resolución respecto de la cual se había intentado previa e infructuosamente la nulidad -lo que ponía de relieve su conocimiento efectivo-, pero la misma -como antes señalamos- no puede ser tachada de arbitraria o patentemente errónea, por lo que la pretensión de amparo debe ser rechazada.

12 SSTC 191/1994, 88/1997 y 184/1997.

- a. La advertencia de los recursos no vincula a las partes que, si advierten el error, están legitimadas para interponer el recurso legalmente previsto.
 - b. La indicación equivocada tampoco vincula al juzgador ni a las demás instancias jurisdiccionales que estén llamadas a conocer del recurso. Por tanto, el recurso improcedente presentado en aceptación de la errónea sugerencia deberá ser inadmitido, sin perjuicio de que la inadmisión deberá ir acompañada de la orden de subsanación del defecto y de la apertura de un nuevo plazo de impugnación a partir de la notificación en forma.
 - c. Si el error estriba en el plazo y el error ha llevado a confusión a la parte, la tutela judicial efectiva impone la admisión a trámite del recurso y sus sustanciación.
 - d. En la ponderación de estos casos, debe distinguirse entre los supuestos en que la parte cuenta con asistencia letrada de aquellos otros en que carece de esa asistencia técnica¹³.
8. El problema derivado de la exigencia de que la renuncia al plazo haya de ser expresa

El artículo 144 establece que las partes a cuyo favor se ha establecido un plazo pueden renunciar a él o abreviarlo mediante expresa manifestación de voluntad. La posibilidad de la reducción del plazo plantea la cuestión de si la interposición del recurso antes del agotamiento del término, entraña una renuncia tácita al tiempo sobrante y, puesto que la ley impone que la renuncia total o parcial sea expresa, si el juez está obligado a esperar al cumplimiento total del término fijado por la ley y, consecuentemente, admitir las alegaciones complementarias que el recurrente pueda presentar con posterioridad al recurso y dentro del término temporal que la ley le ofrece. La respuesta entiendo que ha de ser positiva y en la eventualidad de que el órgano jurisdiccional se haya adelantado en la sustanciación del recurso, resultará obligada la aceptación del escrito complementario sin perjuicio, eso sí, de un nuevo traslado a las partes contrarias en la eventualidad de que este momento procesal se hubiere ya abordado.

9. ¿Computan los días inhábiles en los recursos contra decisiones en materia de coerción?

La habilitación de los días feriados en todo lo relativo a investigación y a la adopción de medidas de coerción¹⁴ se muestra razonable, pues todas estas actuaciones pueden entrañar en sí mismas un riesgo de demora inadmisibles a la luz de los fines de averiguación y aseguramiento propios del proceso penal. Resulta razonable también que el artículo 143 establezca que a los efectos de cómputo de los plazos sólo computarán los días hábiles, toda vez que ningún riesgo existe en la demora, pues si el legislador resuelve otorgar un plazo es por haber considerado la innecesariedad de imponer una actuación inmediata; piénsese por ejemplo en los plazos para el examen del escrito de acusación o para la celebración de la audiencia preliminar. Resulta además plenamente lógico que el artículo 143 excepcione esta regla general en materia de medidas de coerción, afirmando que en tales supuestos, los plazos fijados por la ley engloban los días inhábiles. No

¹³ Ver SSTC 267/94, 67/94, 128/98 y AATC 79/95.

¹⁴ El artículo 137 establece que los actos procesales se cumplen cualquier día y en cualquier hora, salvo las excepciones previstas en el código.

obstante, lo que en principio podría parecer natural, por no existir ninguna razón que permita que la restricción de determinados derechos individuales pueda ir más allá de determinados tiempos máximos (vg. La duración máxima de la detención, la prisión o su prórroga) por el mero hecho de existir días feriados o de habitual descanso laboral; es lo cierto que puede resultar ilógico en materia de recursos.

El artículo 245 dispone que todas las decisiones judiciales relativas a medidas de coerción reguladas por este libro son apelables, y puesto que el artículo 143 impone la consideración de los días inhábiles en el cómputo de los plazos en materia de medidas de coerción, resulta evidente que el cómputo de los tres días que para la apelación otorga el artículo 412, se hará teniendo en cuenta los días feriados. Ello no parece muy razonable, por lo que no sería de desdeñar una interpretación forense que faculte la interposición de tales recursos en el día siguiente hábil cuando el vencimiento del término acaezca en días feriados y –consecuentemente– que también excluya del cómputo los intermedios días feriados que puedan haber existido; aproximándose de este modo el régimen de cómputo del plazo de impugnación contra medidas de coerción, al de los recursos contra otras decisiones no perentorias, como la impugnación contra la decisión de sobreseimiento de una causa penal. En cualquier caso, es esta una interpretación que corresponderá a los tribunales ordinarios, sin que afecte al derecho al proceso debido o a la tutela judicial efectiva¹⁵ y sin que en la práctica suscite serios problemas a la vista del principio de revisión permanente al que están sometidas las medidas de coerción.

X.2.5.1.2 La forma:

Junto a la exigencia temporal, el artículo 399 del Código Procesal Penal exige también que los recursos sean presentados en las condiciones de forma que la propia ley procesal determine. La afirmación del artículo no es meramente programática, sino que el precepto –sin perjuicio de las individualidades formales que se fijen– establece por sí mismo un mínimo formal exigible en todo caso, afirmando que cada impugnación contendrá una *indicación específica y motivada de los puntos impugnados de la decisión*.

La exigencia lleva de pleno a la consideración de cuales serán las posibilidades de inadmisión *a limine* del recurso interpuesto.

El Código Procesal Penal no recoge el llamado recurso de queja, es decir, un recurso que en el derecho comparado permite al órgano jurisdiccional superior analizar la pertinencia o impertinencia de la inadmisión a trámite de un recurso acordada por el órgano que dictó la resolución recurrida. La ausencia de ese control se asienta y compensa en el Código Procesal Penal dominicano haciendo que juez que dictó la resolución principal no deba nunca pronunciarse sobre la admisión o inadmisión de los recursos que puedan interponerse contra la misma. En el caso del recurso de oposición –recurso no devolutivo que ha de ser resuelto por el propio

15 El Tribunal Constitucional Español, en sentencia 1/89 manifestó: “Por lo demás, tampoco es posible realizar ninguna interpretación especial del art. 184.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que pudiera favorecer la tesis del recurrente, pues cuando dicho artículo declara hábiles todos los días para la instrucción de las causas criminales sin necesidad de habilitación especial, es claro que se está refiriendo a todos los actos procesales que realicen tanto las partes como los órganos jurisdiccionales, dentro de lo que la ley llama instrucción de las causas, período en el cual se encuentra indudablemente englobada la instrucción del sumario y los recursos interpuestos dentro de ella contra las resoluciones judiciales. Se trata, por lo demás, como ya el Ministerio Fiscal puso de relieve en su momento, de una interpretación consolidada y no interrumpida de la práctica jurídica que en nada atenta a la seguridad jurídica, ni puede sorprender las expectativas de los ciudadanos”.

juez que dictó la resolución impugnada- no existe trámite de admisión¹⁶, tornándose las causas de inadmisión en causas finales de desestimación. En lo relativo a los recursos devolutivos de apelación¹⁷ y casación¹⁸, la decisión relativa a la admisión o inadmisión del recurso interpuesto corresponde ya al tribunal de alzada u órgano *ad quem*.

Así pues, la posibilidad de una inadmisión *a limine* queda atribuida al tribunal superior a aquel que dictó la resolución recurrida, y aún en este caso, queda limitado a supuestos de impugnación de sentencias, único supuesto en el que la eventual decisión de admisión impondrá una actuación procesal subsiguiente y previa a la resolución del recurso, pues en el resto de casos coinciden en el tiempo las eventuales decisiones de inadmisión o desestimación de la impugnación.

Considerado esto, debe analizarse cuáles pueden ser las causas que permiten al tribunal inadmitir a trámite el recurso sin necesidad de entrar al análisis de las cuestiones de fondo suscitadas por las partes, y si bien existen causas que no plantean oscuridad ninguna como por ejemplo la interposición del recurso fuera de plazo –en los términos ya expuestos- o la no procedencia del recurso interpuesto contra resoluciones de la naturaleza de la decisión que resulta atacada, es lo cierto también que existen otra serie de defectos formales que pueden suscitar dudas en cuanto a la pertinencia del pronunciamiento de inadmisión o cual ha de ser la actuación jurisdiccional cuando sean detectados. La decisión que en estos casos deberá tomarse, vendrá inspirada por una serie de reglas interpretativas que a continuación indicamos:

- a. La decisión judicial deberá orientarse por la hermenéutica más favorable a la efectividad del derecho de acceso al recurso, vista la naturaleza fundamental del derecho al proceso debido y la integración en este del derecho al recurso en aquellos supuestos en los que la impugnación ha sido admitida por el legislador.¹⁹
- b. Las exigencias formales se examinarán con criterios esencialmente restrictivos, debido a su calidad de causas de inadmisión²⁰.
- c. En la decisión judicial habrá de ponderarse la finalidad perseguida por el requisito de que se trate, guardando proporcionalidad entre lo que persigue y lo que expresa la norma. Una lectura estricta y literal que prime sobre aquella finalidad puede anular la posibilidad del ejercicio y eficacia del derecho a la tutela judicial efectiva.
- d. Desde el punto de vista objetivo, los requisitos omitidos se examinarán desde un prisma favorable a la subsanación y la preferencia por la admisión del recurso, prestando singular atención a la distinción entre “meros requisitos formales” y los que constituyen “exigencias esenciales”²¹; todo ello siempre y cuando la subsanación pueda ser lograda sin detrimento alguno de otros derechos o bienes constitucionales

16 Los artículos 408 y 409 imponen la resolución como el acto procesal inmediatamente posterior a la interposición.

17 Artículos 413 y 420.

18 Artículo 427.

19 El TC español, en su sentencia 32/1991 establece: “aunque no corresponde al Tribunal constitucional seleccionar entre dos interpretaciones, cuando una conduce a cerrar el paso a la defensa de derechos y libertades fundamentales de rango constitucional y la otra permite la defensa de tales derechos, sí puede el Tribunal Constitucional, como interprete supremo de la Constitución, establecer la que resulte más conforme a la defensa de dichos derechos y en particular a la defensa del derecho a la tutela judicial efectiva”. Ver también SSTC 110/1985, 159/1990 y 154/1992.

20 SSTC 65/1983, 57, 64/1984 y 110/1985.

21 STC 133/91, asienta la distinción entre requisitos subsanables e insubsanables al decir:

dignos de igual tutela y que el defecto no tenga origen en una actividad maliciosa del interesado.

- e. Satisfechas estas exigencias, la inadmisión de un recurso no debe considerarse como una sanción por incumplimiento de una formalidad concreta, sino como garantía y medio de preservar la integridad objetiva del ordenamiento.

Dentro del análisis de algunos supuestos concretos controvertidos, podemos distinguir:

I. Incumplimiento de los deberes de forma.

Las exigencias formales establecidas para cada recurso concreto serán objeto de análisis posterior; no obstante, el artículo 399 impone, como se dijo, una mínima forma para todo tipo impugnaciones, exigiéndose que la revisión se pretenda con indicación específica y motivada de los puntos impugnados de la decisión. Es obvio que el Código Procesal Penal no impone una determinada forma de motivar. No lo hace en cuanto al contenido de las resoluciones judiciales, ni en cuanto a sus impugnaciones. Así pues, la motivación no será otra cosa que la justificación de la decisión o de su ataque, sin que se exija una determinada extensión, concreción o definición de las causas, ni siquiera la indicación concreta de los preceptos legales que se consideran infringidos²². El artículo 399 no obliga sino a la determinación del objeto de este proceso derivado, es decir, la concreción del objeto del recurso y de las razones o motivos en los que se asienta, proscribiéndose así una impugnación en términos de tal genericidad, que impida al tribunal y a las contrapartes conocer qué extremos concretos de la decisión son atacados o en qué se discrepa del juicio lógico-jurídico que ha llevado al juez a adoptarla. En cualquier caso, la existencia de esta intolerable genericidad o inconcreción ha de llevar primeramente a la reclamación de subsanación y no a la desestimación del recurso por defectos formales, siempre y cuando, claro está, tal situación no se deba a un abuso malicioso del recurrente.

2. Inadmisión por ausencia de firmas

Los recursos han de ir firmados por el letrado que representa a la parte recurrente o por la propia parte en los supuestos en los que se admite la autodefensa. Es este un requisito formal que enraíza en la no generalización de la legitimación para recurrir y en la exigencia de una postulación técnica en quienes se constituyen en parte. No obstante, la exigencia debe ser considerada como un requisito susceptible de subsanación. Así lo establece el Tribunal Constitucional español que en su sentencia 93/1991 establece que *"tal requisito –la firma de letrado- tiene por objeto garantizar que los actos de la parte necesitados de asistencia letrada cuenten efectivamente con ella y que el letrado al que se atribuye el escrito es autor del mismo y se compromete con su contenido, sin que dicho requisito sea un valor autónomo, dotado de sustantividad propia, sino mero instrumento al servicio de la finalidad expresada de asegurar la corrección técnica de los actos procesales, cuyo*

22 La sentencia 69/1987 del TC español resolvió un sugerente supuesto en el que se alegaba el quebranto del derecho a la tutela judicial efectiva por haberse negado por la Magistratura de Trabajo (hoy llamados juzgados de lo social) la admisión a trámite de un recurso de reposición interpuesto contra un Auto en el que se decretaba la vía de apremio, al no haberse citado el precepto procesal infringido conforme exigía –incluso expresamente- el artículo 376 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (de aplicación supletoria en esta materia). El Tribunal estimó el recurso afirmando que cuando la resolución judicial tenga un contenido sustantivo, es el contenido y no la forma el que debe ser determinante de las infracciones que en el recurso se denuncian, en cuyo caso se convierte en inútil la cita de precepto procesal, tampoco infringido o no cuestionado.

cumplimiento no puede determinar la inadmisión del escrito, sin antes haber dado oportunidad de ser reparado, ni cuando la parte lo ha, efectivamente subsanado dentro del plazo concedido al efecto por el órgano judicial, puesto que, en otro caso, se estará aplicando el precepto legal de manera rígidamente formalista, incompatible con la obligación de procurar la mayor efectividad del derecho a la tutela judicial, que los arts. 24.1 de la Constitución y 11.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial impone a los Jueces y Tribunales” y es confirmado por otras muchas sentencias, entre ellas la sentencia 174/1988, que establece que “tanto la presencia del Procurador como la firma del Letrado son requisitos de cumplimiento subsanable, y sólo cuando no hayan sido subsanados tras haberse dado a la parte oportunidad para ello podrán servir como motivos de inadmisibilidad sin lesionar el derecho a la tutela judicial efectiva”.

3. Recurso improcedente o ante órgano distinto

La interposición de un recurso improcedente o la interposición de un recurso ante órgano distinto del previsto legalmente, serán causa de inadmisión, salvo los casos antes indicados de que el error haya sido provocado por la equivocada mención en la notificación de los recursos procedentes.

Debe destacarse además que la procedencia de un recurso viene determinada por el procedimiento que se esté siguiendo al momento de dictarse la resolución atacada y no por la naturaleza del proceso que debiera seguirse, aún cuando aquel fuera manifiestamente inadecuado; estando legitimada la parte, no a aplicar unas normas procesales que en ese momento no son factibles, sino a interesar la transformación al procedimiento que proceda²³

4. Errónea denominación del recurso

No puede considerarse causa de inadmisión la errónea denominación de un recurso que ha sido, sin embargo, interpuesto en plazo y ante el órgano adecuado. En tales supuestos ni siquiera parece lógico el requerimiento judicial para la subsanación del defecto, bastando con tener por interpuesto el recurso realmente procedente y tramitarlo por sus cauces legales.

5. Admisión indebida del recurso

Como ya hemos visto, no tiene el Juez de la Instrucción ninguna facultad para resolver la admisión a trámite de los recursos interpuestos. En tal sentido la interposición indebida de un recurso le llevará directamente a su desestimación en la eventualidad de haberse interpuesto como recurso de oposición, mientras que en el resto de supuestos será el órgano jurisdiccional de alzada el que habrá de resolver, pudiéndose apreciar una pluralidad de situaciones:

- a. En la eventualidad en que el recurso sea indebido y el defecto se aperciba antes de resolverse sobre su admisión, la decisión jurisdiccional no será otra que la inadmisión.
- b. En la eventualidad de que ante un recurso indebido se dicte una errónea decisión de admisión:

²³ STC 13 de enero de 1992.

1. Si en el momento de percibirse el error no quedara pendiente ninguna otra actividad procesal distinta de la propia resolución de la impugnación, lo que era en su día causa de inadmisión debe ahora tornarse en motivo de desestimación²⁴.
2. Si el error es percibido durante la sustanciación del recurso podrá dictarse de oficio –lo que no excluye la posibilidad de sugerencia de parte- auto reponiendo la providencia de admisión y declarando la inadmisibilidad del recurso, cabiendo contra esta resolución las mismas posibilidades de impugnación que hubiere habido con relación a cualquier decisión de inadmisión.

X.2.5.1.3 Competencia

Como hemos venido indicando, en el caso del recurso de oposición, siendo este un recurso no devolutivo, la competencia de su resolución viene atribuida al mismo órgano que dictó la resolución impugnada. El resto de recursos recogidos por el Código Procesal Penal son recursos devolutivos, estando atribuida la competencia para el conocimiento del recurso de apelación a la Corte que toma su nombre, mientras que corresponderá a la cámara penal de la Corte Suprema de Justicia el conocimiento de los recursos de casación y revisión.

De otro lado, el conocimiento que se atribuye al órgano llamado a la resolución del recurso no es un conocimiento pleno de objeto del proceso penal, quedando limitado – como recoge el propio artículo 400- a los puntos de la decisión que han sido impugnados. Esta limitación es coherente con el deber –ya analizado en el artículo 399- que tiene el recurrente de indicar de forma específica y motivada los puntos traídos a debate, único modo de delimitar el campo de competencia en el que el órgano devolutivo puede moverse y de que las contrapartes pueda estructurar la defensa de sus pretensiones con relación a la cuestión que es susceptible de alteración.

No obstante ello, el artículo 400 ha introducido una importante novedad en su inciso último al establecer: *“Sin embargo, tiene competencia para revisar, en ocasión de cualquier recurso, las cuestiones de índole constitucional, aún cuando no hayan sido impugnadas por quien presentó el recurso”*. La indicación es coherente con la encomienda general recogida en el artículo 1º, que establece la obligación que, al aplicar la ley, tienen los tribunales de garantizar la vigencia efectiva de la Constitución de la República y de los tratados internacionales y sus interpretaciones por los órganos jurisdiccionales creados por estos, cuyas normas y principios son de aplicación directa e inmediata en los casos sometidos a sus jurisdicción y prevalecen siempre sobre la ley.

El precepto otorga a los jueces la máxima función de garantía de los derechos constitucionales que les es inherente en todo estado democrático de derecho, no obstante, la norma puede plantear dos tipos de problemas en la práctica.

- a. De un lado, la autorización de la actuación de oficio -sin sujeción al principio pro actione- en cualquier supuesto en que se entienda que esté afectada una “cuestión de índole constitucional”, es una autorización redactada en términos tan imprecisos que puede llevar a abrir de forma desmedida el espacio en el que la decisión judicial puede no ser a instancia de parte, convirtiéndose así en una justicia sorpresiva que

²⁴ ATC de 25 de abril de 1988.

se aleja del principio acusatorio y del derecho de defensa que inspiran la reforma. Encontrarnos ante una “cuestión de índole constitucional” es una exigencia a la que ha de dársele una acepción restringida, debiendo quedar limitada a aquellos supuestos en los que existe una conculcación evidente del derecho al debido proceso, bien por inobservancia de las posibilidades de defensa de la parte de que se trate, bien por la trasgresión de los derechos individuales de alguna de ellas, y siempre y cuando no exista momento procesal posterior para reparar el quebranto sin grave perjuicio para la parte.

- b. En segundo lugar, el hecho de que el Tribunal pueda apreciar la trasgresión constitucional una vez superada la fase del recurso en la que las partes pueden hacer alegaciones y la evidencia de que sea cual sea el sentido de la resolución esta comportará un cambio del status quo procesal e impondrá una alteración perjudicial para al menos uno de los litigantes, plantea la cuestión de cómo el artículo 400 puede introducir un objeto procesal para el que no se estructura mecanismo ninguno de defensa para las partes. Entiendo que esta situación ha de ser corregida por el Tribunal. El hecho de que las transgresiones hayan de ser evidentes –como ya se vio– y la circunstancia de que exista un trámite de admisión en todos los recursos con excepción del de oposición, posibilitará que en el trámite de Audiencia el Tribunal pueda oír a las partes sobre la cuestión que se suscita, aún cuando para ello haya de convocarse la facultativa audiencia que se prevé en el artículo 413 para cuando la apelación se interpone contra una resolución distinta de la sentencia. En la eventualidad de que el Tribunal considere la cuestión por primera vez después de terminada esta Audiencia o de su denegación –lo que no parece previsible vista la dimensión de la trasgresión y lo inmediata que habrá de ser la decisión–, considero que en tales supuestos en Tribunal deberá convocar una innominada audiencia ulterior, a fin de oír a las partes sobre la cuestión que el Tribunal considera.

No puede concluirse este análisis sin traer a colación el análisis subjetivo del órgano jurisdiccional. Con relación a su composición individual, el propio artículo 403 veta la posibilidad de que puedan tomar parte en la decisión resolutoria aquellos jueces que pronunciaron o concurrieron a dictar la decisión impugnada. La previsión obedece a la decisión legal de garantizar la plenitud de la segunda instancia, siendo como es que esta sólo es predicable en supuestos de absoluta imparcialidad subjetiva (caso Ulloa de la Corte Interamericana de Dchs. Humanos o casos Cubber o Piersak del TEDH, entre muchas otras). Obviamente lo dispuesto no tiene aplicación en los supuestos de recurso de oposición, vista la propia estructura construida legalmente para su decisión –art. 403 y 407–.

X.2.5.1.4 Efectos

Como acabamos de ver, los recursos previstos en el Código Procesal Penal –con la sola excepción del recurso de oposición–, tienen previsto un efecto devolutivo que atribuye competencia funcional al órgano jurisdiccional superior a aquel que dictó la resolución recurrida. No obstante, la teoría de los efectos del recurso reconoce una segunda proyección llamada efecto suspensivo. La previsión general establecida al respecto por la ley procesal, es la de atribuir pleno efecto suspensivo a la decisión procesal de impugnación. Así se recoge en el artículo 401, que preceptúa que *la*

presentación del recurso suspende la ejecución de la decisión durante el plazo para recurrir y mientras la jurisdicción apoderada conoce del asunto, salvo disposición legal expresa en contrario. La previsión es coherente con el principio de doble instancia y con el hecho de que la ausencia del efecto de la cosa juzgada formal ha de impedir la ejecución de la decisión controvertida hasta el momento en que la resolución devenga firme. No obstante ello, es lo cierto que la previsión puede echar por tierra la finalidad práctica del proceso y conducir a supuestos fácticos de impunidad, por ello el legislador no solo ha previsto la posibilidad de excepcionar expresamente esta situación y negar la virtualidad suspensiva al recurso, sino que lo hace en tantos casos, que el efecto no suspensivo llega a convertirse en la norma general en el proceso penal. Así vemos que:

- a. El artículo 245 establece que todas decisiones judiciales relativas a las medidas de coerción son apelables, añadiendo que la presentación del recurso no suspenderá en estos casos la ejecución de la medida. La previsión es razonable, toda vez que la propia regulación de las medidas de coerción exige la concurrencia de un riesgo de demora que legitime constitucionalmente la restricción de derechos que comporta, sin que sea admisible que apreciándose dicho riesgo, se asuma la inejecución por la sola oposición de aquel en quien se percibe el riesgo.
- b. El artículo 411 fija que la presentación de un recurso de apelación no paralizará ni la investigación –que por razones de practicidad no es susceptible de interrupción-, ni los procedimientos en curso.
- c. En materia de casación, el artículo 427 remite a la previsión legal establecida para la apelación. Ello determina –por el propio tenor del artículo 411-, la ineficacia suspensiva de la casación interpuesta contra resoluciones distintas de la propia sentencia.
- d. En cuanto al recurso de revisión, el legislador ha previsto que sea la propia Suprema Corte de la Justicia la que resuelva si continuar con la ejecución de la condena durante la sustanciación del recurso o suspenderla sustituyéndola por la libertad provisional del condenado o la aplicación de otra medida de coerción.

En conclusión, la regla general del efecto suspensivo del recurso será esencialmente aplicable en los supuestos de recursos de apelación o casación de la sentencias (supuestos en los que la definitiva decisión sobre el objeto penal y civil del proceso queda garantizada por las medidas de coerción que puedan considerarse necesarias) y, lógicamente, en los supuestos de apelación contra las decisiones sobreseyentes del proceso.

X.2.5.1.5 Tramitación y resolución

Pocas normas caben en la construcción de una teoría general relativa a la tramitación y resolución de los recursos. La sustanciación del procedimiento impugnatorio se ajustará precisamente a lo que, en función de la naturaleza de cada uno de ellos, indica el Código Procesal Penal; no obstante sí se prevén cuatro reglas esenciales de aplicación general:

- a. Una primera es recogida en el artículo 406 de la ley ritual, en la que se establece que cuando con ocasión del conocimiento de un recurso se ordene la realización de una audiencia, se aplicarán las normas relativas al juicio.

- b. Una segunda se incorpora en el artículo 398, que fija la posibilidad que tiene el recurrente de desistir de su impugnación, si bien estableciéndose el criterio objetivo del vencimiento en costas del incidente.
- c. El mismo artículo incorpora además la indicación de que cuando quien desista del recurso sea el abogado defensor, este deberá acompañar una autorización expresa y escrita del imputado. La previsión, reforzando la lógica preeminencia de la voluntad del representado sobre la de su asistencia técnica, no deja de ser una previsión a todas luces excesiva, pues por un lado no se limita a decisiones que pongan término al procedimiento, sino que se hace extensible a cualquier recurso interpuesto con ocasión de cualquier vicisitud o incidente procesal y, de otro lado, por cuanto la exigencia de que la autorización sea escrita nada aporta, pues para asegurar la operatividad de la verdadera voluntad del cliente, el juez habrá de advenir la real procedencia del escrito mediante la ratificación personal del cliente.
- d. En cuanto a la extensión de las consecuencias de la resolución del recurso, el artículo 402 indica que el recurso presentado por cualquier co-imputado favorece a los demás en la medida en que el alegato les sea comunicable y no se asiente en motivos exclusivamente personales.
- e. Por último, es obvio y necesario el establecimiento de la proscripción de la *reformatio in peius*. Proscripción que no sólo alcanza a los supuestos de juicios rescisorios, sino también a las decisiones residentes, de suerte que cuando la estimación del recurso lleve a la celebración de un nuevo juicio, no podrá en este imponerse pena mayor que la que recayó en aquel que fue objeto de impugnación (art. 404).

X.3 El Recurso de Oposición

X.3.1 Introducción

El recurso de oposición es el primero de los instrumentos impugnaticios recogidos en el nuevo Código Procesal Penal y presenta una morfología y función totalmente diferente a la que se recogía en el Código de Procedimiento Criminal que se deroga. Aún cuando su regulación no sea extensa - artículos 407 a 409-, es amplio su ámbito de aplicación material, contrastando así con la limitada operatividad que este recurso tenía en la legislación derogada, pues si hasta ahora el recurso de oposición era un recurso que sólo podía interponerse contra las sentencias dictadas en resolución de los llamados juicios en contumacia –artículos 345 a 347 de la derogada ley-, a partir de la entrada en vigor de la nueva ley se convierte en un recurso general, cuya interposición permitirá –art. 407, in fine- que el mismo juez o tribunal que dictó la decisión impugnada, examine nuevamente la cuestión modificando, revocando o ratificando lo impugnado.

X.3.2 Resoluciones susceptibles de Recurso de Oposición

Lógicamente el recurso no queda abierto a toda resolución judicial, afirmándose en el artículo 407 que este medio impugnativo sólo procederá contra las decisiones que resuelvan un trámite o incidente del procedimiento.

La primera exigencia es pues que la decisión que pretende impugnarse sea una decisión que “resuelva” un trámite o incidente. La exigencia no ha de entenderse en el sentido de que la decisión impugnada haya de ser una decisión de las que ponga término a un punto o cuestión que fuera ya controvertida por las partes. Esto ocurrirá en la mayor parte de las ocasiones, no obstante, el término “resolver” ha de entenderse como equivalente de “acordar”, de suerte que cabrá disentir y pretender la modificación del parecer judicial incluso en aquellos supuestos en los que la decisión judicial se ha introducido ex novo en el proceso, sin que las partes se hubieran posicionado anteriormente sobre la materia que se decide. Lógicamente el supuesto no será habitual, puesto que cualquier decisión del juez de la instrucción descansará en la previa petición de alguna de las partes y la audiencia de las restantes, no obstante, ello no será siempre así, existiendo diversos ejemplos de decisiones judiciales que deciden un trámite sin previa audiencia de las partes (vg: el señalamiento de la fecha de juicio o de audiencia, la celebración de juicio a puerta cerrada etc) y que no quedan excluidas del instrumento de revisión.

Por otro lado, el hecho de que la ley hable no sólo de trámites, sino también de *incidentes del procedimiento* evidencia que el recurso es interponible contra decisiones que van más allá de la mera ordenación secuencial del proceso.

La conclusión es pues que toda resolución judicial será en principio susceptible de este recurso, si bien con las siguientes excepciones:

- a. *No podrán recurrirse en oposición aquellas decisiones judiciales que el propio código excluye expresamente de recurso.*

Así se deriva del propio artículo 393 y el ejemplo más evidente sería la no susceptibilidad de impugnación de la decisión judicial de apertura de juicio oral (art. 303).

- b. *Tampoco podrá recurrirse en oposición las decisiones judiciales contra las que el código reconoce la posibilidad de interponer recurso de apelación.*

Así se establece en el artículo 409, el cual define que “*la oposición procede solamente contra las decisiones que no son susceptibles del recurso de apelación*”. Es esta una apuesta decidida por la celeridad procesal, que cierra la posibilidad de que el órgano jurisdiccional pueda reconsiderar su decisión en todos aquellos supuestos en los que la cuestión puede ser analizada en alzada por un tribunal superior; supuestos que están enunciados en el posterior estudio que haremos del recurso de apelación.

- c. No son susceptibles de recurso de oposición las decisiones judiciales dictadas en resolución de ese mismo recurso.

La proscripción, lógica en aras a la consecución de los efectos de la cosa juzgada formal, viene implícitamente definida en el artículo 409 al indicar que la decisión resolutoria es *ejecutoria en el acto*.

X.3.3 Tramitación

X.3.3.1 El plazo

Cuando la oposición tiene lugar contra las decisiones adoptadas en el seno de una actuación oral, la impugnación no sólo es el único recurso admisible, sino que ha de ser presentada en el acto y de forma verbal, debiendo ser resuelta con igual inmediatez y forma (art. 408 CPP).

Por el contrario, en los casos en los que la impugnación lo sea de alguna de las resoluciones escritas susceptibles del recurso analizado, el plazo fijado para su interposición es el de los tres días siguientes a su notificación (art. 409 CPP), con independencia del momento en que se hubiere notificado al resto de las partes (ver el modo de computar los plazos expresado en la parte general).

X.3.3.2 El escrito de interposición y su posterior tramitación

Caso: Sobre la tramitación inaudita parte del recurso de oposición.

Objetivo formativo: Pretende el caso traer a análisis la situación de falta de contradicción que puede derivarse de la tramitación del recurso de oposición en la literalidad de la previsión legal.

Descripción de la situación fáctica:

1. Decretada judicialmente la clausura de un complejo empresarial, se interpone por el inculpado recurso de oposición, acompañando su recurso de prueba documental que desvirtúa –a su decir– las razones en las que el juez asentó finalmente su decisión de cierre para la averiguación de los hechos investigados. Ese mismo día se persona en las actuaciones el actor civil. El juzgado recibe el recurso y, con aplicación del artículo 409, revoca la decisión impugnada a los tres días de la sustanciación del recurso. a la oportunidad de la primera decisión adoptada.

2. Actor civil y Ministerio Fiscal solicitan la nulidad de la tramitación aduciendo no haber sido oídos con relación a los alegatos del recurrente y no haberse considerado las justificaciones complementarias de que disponían con relación.

La impugnación de las decisiones adoptadas fuera de una audiencia ha de hacerse mediante la presentación de escrito motivado, habiéndose de concretar en él las razones y el objeto de la impugnación en los términos que ya hemos analizado con carácter general.

No obstante, nada indica la ley sobre la exigencia de aportación de tantas copias del recurso cuanto resto de partes estén constituidas en el proceso. Tampoco indica el legislador si la tramitación de este recurso exige trasladar la impugnación al resto de partes personadas a fin de que estas cuenten con un término en el que alegar lo que a su derecho convenga, limitándose el código a indicar que una vez presentado el recurso “el tribunal resuelve dentro del plazo de tres días”.

La omisión es grave, pues si bien es cierto que normalmente se habrá oído a todos ellos con carácter previo a la decisión impugnada, es lo cierto que las partes impugnadas carecen de un momento procesal para contestar a la argumentación lógica y a la prueba que aporte el recurrente, sin perjuicio de que su indefensión será total en los infrecuentes supuestos en los que la decisión impugnada ha sido adoptada *ex novo* o cuando la personación se haya producido en el periodo que media entre la adopción de la resolución y la interposición del recurso.

Consecuentemente, no resulta ilógico considerar que la omisión debe ser resuelta en el sentido de entender que el juez o tribunal habrá de abordar un innominado y obligatorio traslado al resto de partes distintas de la recurrente y que a tal efecto será obligación del recurrente aportar copias del recurso con las que materializar el trámite, sin perjuicio de que —en su defecto— sean realizadas por el tribunal a costa del recurrente. Así se deriva de la vigencia del principio de defensa y de contradicción en todas las fases e instancias del proceso y de la inexistencia de prohibición legal expresa a que tal traslado se efectúe. En este sentido, el Tribunal Constitucional Español establecía en su sentencia de 17 de septiembre de 2001²⁵ con relación al recurso español de queja lo siguiente:

- a. *“Delimitadas en los términos expuestos las cuestiones suscitadas con ocasión de la presente demanda, nuestro enjuiciamiento ha de comenzar por el primero de los motivos en los que se sustenta la pretensión de amparo, esto es, la denunciada vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE EDL 1978/3879) por no habersele dado traslado a la entidad demandante de amparo, ni, por consiguiente, conferido la posibilidad de intervenir en su tramitación, del recurso de queja interpuesto por uno de los imputados ante la Audiencia Provincial, cuya estimación determinó que se acordara respecto de éste el libre sobreseimiento del procedimiento penal...El examen de la primera de las cuestiones suscitadas en la demanda de amparo requiere traer a colación la reiterada doctrina constitucional sobre el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión en relación con los principios de contradicción e igualdad de armas en el proceso penal, así como sobre las garantías procesales de quien ejerce la acción penal”.*
- b. *Entre las garantías que comprende el art. 24 CE EDL 1978/3879 para todo proceso penal destacan, por ser principios consustanciales al mismo, las de contradicción e igualdad. Según una constante y reiterada doctrina de este Tribunal, el art. 24 CE EDL 1978/3879, en cuanto reconoce los derechos a la tutela judicial efectiva con interdicción de indefensión, a un proceso con todas las garantías y a la defensa, ha consagrado, entre otros, los citados principios de contradicción e igualdad, garantizando el libre acceso de las partes al proceso en defensa de sus derechos e intereses legítimos. Ello impone, entre otras exigencias, la necesidad de que todo proceso penal esté presidido por la posibilidad de una efectiva y equilibrada contradicción entre las partes a fin de que puedan defender sus derechos, así*

²⁵ En el mismo sentido la STC de 14 de octubre de 2002.

como la obligación de que los órganos judiciales promuevan el debate procesal en condiciones que respeten la contradicción e igualdad entre acusación y defensa. En el proceso penal, además, la necesidad de contradicción y equilibrio entre las partes está reforzada por la vigencia del principio acusatorio -que también forma parte de las garantías sustanciales del proceso- el cual, entre otras consecuencias, impone la necesidad de que la función de la acusación sea acometida por un sujeto distinto al órgano decisor (“nemo iudex sine accusatore”) y de que el objeto procesal sea resuelto por un órgano judicial independiente e imparcial, para lo cual es imprescindible disponer de la posibilidad de conocer los argumentos de la otra parte y manifestar ante el Juez los propios, así como poder acreditar los elementos fácticos y jurídicos que fundamentan las respectivas pretensiones (SSTC 53/1987, de 7 de mayo, FJ 2 EDJ 1987/53; 66/1989, de 17 de abril, FJ 12 EDJ 1989/4114; 186/1990, de 15 de noviembre, FJ 5 EDJ 1990/10428, por todas).

- c. En tal sentido hemos acentuado que el principio de contradicción en el proceso penal, que hace posible el enfrentamiento dialéctico entre las partes, permitiendo así el conocimiento de los argumentos de la contraria y la manifestación ante el Juez o Tribunal de los propios (SSTC 162/1997, de 3 de octubre, FJ 4 EDJ 1997/6374; 56/1999, de 12 de abril, FJ 4 EDJ 1999/6879; 79/2000, de 27 de marzo, FJ 3 EDJ 2000/3843), constituye una exigencia ineludible vinculada al derecho a un proceso público con todas las garantías, para cuya observancia se requiere el deber de los órganos judiciales de posibilitarlo. De modo que sólo la incomparecencia en el proceso o en el recurso, debida a la voluntad expresa o tácita de la parte o a su negligencia, podría justificar una resolución sin haber oído sus alegaciones y examinado sus pruebas. Y se vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE EDL 1978/3879, produciendo indefensión, cuando el sujeto, sin haber tenido oportunidad de alegar y probar sus derechos en el proceso, los ve finalmente afectados por las resoluciones recaídas en el mismo (SSTC 176/1988, de 4 de octubre, FJ 2 EDJ 1988/492; 162/1997, de 3 de octubre, FJ 4 EDJ 1997/6374; 102/1998, de 18 de mayo, FJ 2 EDJ 1998/3758; 79/2000, de 27 de marzo, FJ 3 EDJ 2000/3843; 154/2000, de 12 de junio, FJ 2 EDJ 2000/13826).
- d. Del principio de igualdad de armas, lógico corolario del principio de contradicción, se deriva asimismo la necesidad de que las partes cuenten con los mismos medios de ataque y defensa e idénticas posibilidades y cargas de alegación, prueba e impugnación, a efectos de evitar desequilibrios entre sus respectivas posiciones procesales, sin que sean admisibles limitaciones a dicho principio, fuera de las modulaciones o excepciones que puedan establecerse en fase de instrucción (o sumarial) por razón de la propia naturaleza de la actividad investigadora que en ella se desarrolla, encaminada a asegurar el éxito de la investigación y, en definitiva, la protección del valor constitucional de la justicia (SSTC 66/1989, de 17 de abril, FJ ¹² EDJ 1989/4114; 186/1990, de 15 de noviembre, FJ 5 EDJ 1990/10428).
- e. En esta línea hemos concluido que la regla de la interdicción de la indefensión requiere del órgano jurisdiccional un indudable esfuerzo a fin de preservar los derechos de defensa de las partes, correspondiendo a los órganos judiciales procurar que en un proceso se dé la necesaria contradicción entre ellas, así como que posean idénticas posibilidades de alegar o probar y, en definitiva, de ejercer su derecho de defensa en cada una de las instancias que lo componen (SSTC 102/1998, de 18 de mayo, FJ 2 EDJ 1998/3758; 114/2000, de 5 de mayo, FJ 2 EDJ 2000/8894; 154/2000, de 12 de junio, FJ 2 EDJ 2000/13826)...

En este sentido ha de ser rechazada la objeción que a la estimación del primer motivo de la demanda de amparo opone quien ha comparecido como parte demandada en ese proceso constitucional, al argumentar que el recurso de queja ha sido tramitado de acuerdo con la normativa procesal que lo regula, en la que no se prevé que se dé traslado del mismo a las partes personadas en el proceso, con la excepción del Ministerio Fiscal, si la causa fuera por un delito en que tenga que intervenir (arts. 233 y 234 LECr. EDL 1882/1q). Como señala el Ministerio Fiscal en su escrito de alegaciones, los preceptos que regulan el recurso de queja, si bien es cierto que no prevén dicho trámite, no lo prohíben en forma alguna, y la necesidad del mismo resulta de una interpretación de tal normativa procesal a la luz de los preceptos y principios constitucionales, al ser obligado, en todo caso, preservar el derecho de defensa de las partes en el proceso, de modo que, a la vista de lo dispuesto en el art. 24 CE EDL 1978/3879, procedía integrar tales preceptos legales de origen preconstitucional (arts. 233 y 234 LECr. EDL 1882/1q) con las garantías que impone el artículo constitucional citado, que incluye la contradicción e igualdad de armas entre las partes y, por tanto, en este supuesto, haber dado traslado a la demandante de amparo del recurso de queja al objeto de que pudiera contradecir y rebatir los argumentos expuestos por la parte contraria y formular cuantas alegaciones tuviera por conveniente en defensa de sus derechos e intereses (en este sentido, SSTC 66/1989, de 17 de abril, FJ 12 EDJ 1989/4114; 53/1987, de 7 de mayo, FJ 3 EDJ 1987/53; 162/1997, de 3 de octubre, FJ 3 EDJ 1997/1162; 16/2000, de 31 de enero, FFJJ 6 y 7 EDJ 2000/394; 79/2000, de 27 de marzo, FJ 3 EDJ 2000/3843; 93/2000, de 10 de abril, FJ 4 EDJ 2000/5162; 10/12001, de 23 de abril, FJ 3 EDJ 2001/5302). La necesidad de tal intervención, además, aparece reforzada en casos como el presente por la propia configuración legal, como ya hemos tenido ocasión de señalar, del recurso de queja en el procedimiento penal abreviado, en el que ha perdido su caracterización inicial de medio de impugnación de la inadmisión de otros recursos o como recurso de tipo residual (arts. 218 EDL 1882/1, 862 y ss. LECr EDL 1882/1.), y se ha convertido en un recurso ordinario más, que procede contra todos los Autos del Juez de Instrucción y del Juez de lo Penal denegatorios del recurso de reforma, que no sean susceptibles de recurso de apelación, el cual únicamente se admitirá en los casos expresamente señalados (art. 787.1 LECr. EDL 1882/1). La generalización del recurso de queja como un recurso ordinario más en el seno del procedimiento penal abreviado frente a las resoluciones interlocutorias del Juez Instructor y del Juez de lo Penal, y, por consiguiente, la trascendencia de las decisiones judiciales a adoptar con ocasión del mismo en orden a las pretensiones e intereses en juego de las partes, como acontecía en el presente supuesto, impone, de acuerdo con los arts. 24 CE EDL 1978/3879 y 5.1 EDL 1985/8754 y 7.2 LOPJ EDL 1985/8754, una interpretación integradora de la normativa procesal reguladora de su tramitación con el fin de preservar las garantías de defensa de las partes personadas”.

X.3.3.3 La admisión

La nueva regulación legal no establece trámite de admisión para el recurso de oposición. Ello posibilitará dos tipos de actuación en la práctica:

- a.** Una primera que practicará el innominado trámite, imponiendo que el juzgado o tribunal dicte una resolución de inadmisión a limine que impida abordar la tramitación en todos los supuestos de impertinencia procesal del recurso.

- b. Una segunda práctica que por no definirse en la ley un momento procesal concreto para la admisión o inadmisión del recurso, optará por convertir en motivos de final desestimación lo que en condiciones normales no serían sino causas de inadmisión. Esta última interpretación, siendo más próxima a la simplificación y celeridad del recurso definida por el legislador; genera la ilógica consecuencia de haberse de iniciar el trámite de traslado a las partes (en virtud de las exigencias antes analizadas) y de eventual práctica de prueba, incluso en aquellos casos en los que ab initio es conocida la inviabilidad procesal de la impugnación.

X.3.3.4 La prueba

Tampoco se analiza legalmente si las partes pueden asentar su pretensión impugnatoria (o de oposición al recurso) en la prueba documental que consideren necesaria y que acompañen a su escrito o, incluso, en aquella prueba de naturaleza diferente a la documental y cuya práctica puedan proponer en el escrito mismo. Si bien la operatividad la prueba documental acompañante no ofrece dificultad ninguna, es lo cierto que la segunda —aquella cuya práctica meramente se propone— parece una posibilidad procesal contraria al término de tres días fijado por el legislador para la resolución final del recurso; no obstante, la realidad de que la decisión recurrida en oposición pueda ser una decisión adoptada *inaudita parte*, la admisión legal de la doble instancia para las decisiones susceptibles de recurso de oposición y el contenido propio del derecho de defensa, determinan que puedan existir casos²⁶ en los que se considere la necesidad de practicar la prueba propuesta, en cuyo caso será procedente la suspensión del plazo legalmente previsto para la resolución y la práctica de una audiencia en la que encauzar su práctica y valoración.

X.3.3.5 Su resolución

Establece el artículo 409 que la resolución habrá de dictarse dentro del plazo de tres días. La sugerencia anterior relativa a la conveniencia de practicar un traslado del recurso al resto de partes personadas, redefiniría esta previsión legal en un doble aspecto:

- a. El momento de inicio del cómputo del plazo sería, no el de la interposición del recurso, sino el del efectivo traslado al resto de partes interesadas y,
- b. La decisión no debería dictarse dentro de los tres días siguientes, sino vencido este término, por ser el periodo con el que contarán el resto de interesados para presentar sus propias alegaciones.

Una de las cuestiones que puede plantearse en la práctica es la de quien será el juez competente para la resolución del recurso de oposición en aquellos supuestos en los que en ese escaso periodo de tiempo se haya producido un cambio en la titularidad del órgano judicial, o incluso cuando después de dictada la resolución recurrida, el juez que la pronunció se haya inhibido en favor de otro órgano jurisdiccional. La literalidad de la norma indica en su artículo 407 que el recurso tiene por objeto que el juez o tribunal que las dictó (la decisión impugnada) *examine nuevamente la cuestión y dicte la decisión que corresponda, modificando, revocando o ratificando la impugnada*. Esta

²⁶ Piénsese en una orden de secuestro o clausura en los términos del artículo 188 o 193 del Código Procesal Penal. ²⁶ Piénsese en una orden de secuestro o clausura en los términos del artículo 188 o 193 del Código Procesal Penal.

literalidad parecería conducir a una ampliación competencial hacia quien resolvió en su día, con puntual pérdida de competencia de quien está conociendo en ese mismo momento. Esta práctica, no obstante, no sólo dificulta la administración de la posesión de los autos durante el periodo de conflicto, sino que posibilitaría una eventualidad contradicción de decisiones, pareciendo por tanto más lógico que debe interpretarse el precepto, no en el sentido de una identidad subjetiva de quien resuelve, sino de identidad funcional del órgano jurisdiccional.

X.4 El Recurso de Apelación contra resoluciones distintas de la sentencia

X.4.1 Introducción

El Código Procesal Penal dedica su Título III, del Libro III, a la apelación. Pese a lo genérico de la rúbrica, el Título no engloba una serie de disposiciones generales para este recurso de alzada, sino que en realidad se dedica al recurso de apelación contra decisiones judiciales distintas de la sentencia, dedicándose el Título IV a la apelación de la sentencia.

X.4.2 Resoluciones susceptibles de apelación

Visto lo expuesto, la primera cuestión que se plantea es la de qué resoluciones judiciales distintas de la misma sentencia son susceptibles de impugnación en alzada.

La respuesta se articula legalmente en el artículo 410 del texto procesal, indicándose que “*sólo son recurribles las decisiones del juez de paz o del juez de la instrucción señaladas expresamente por este código*”.

Este precepto evidencia ya la naturaleza excepcional del recurso de apelación, si bien debe perfilarse o complementarse el artículo en una serie de extremos:

- a.** La redacción del artículo 410 resulta imprecisa o incompleta, pues existen resoluciones procedentes de órganos jurisdiccionales distintos del Juzgado de Paz o del Juzgado de Instrucción que sí son susceptibles de esta vía impugnativa. Así, al tiempo que el artículo 74 atribuye el control jurisdiccional de la ejecución de las sentencias a los llamados Jueces de Ejecución Penal, los propios artículos 442 a 448 del Código Procesal Penal admiten la posibilidad de recurrir en apelación determinadas decisiones de su procedencia.
- b.** Es igualmente imprecisa la omisión que se hace de los Jueces de Primera Instancia. El artículo 72 encomienda a los Jueces de Primera Instancia dos funciones principales. Una primera es la del enjuiciamiento definitivo de delitos; función a la que el artículo 410 no afecta, toda vez que por revestir su decisión la forma de sentencia, serán objeto de apelación en virtud de la regulación específica del Título IV; no obstante, la otra función que se les encomienda es la de conocer de forma unipersonal de las

acciones de *habeas corpus*, a cuyo efecto debe destacarse que si bien la decisión que resuelve tales procesos no era susceptible de apelación en la original regulación establecida por el CPP en sus artículos 381 a 392, es lo cierto que la Ley 278/2004, de 12 de Agosto, en su artículo 24.2, vino a modificar el artículo 386 del CPP en el sentido de admitirse el recurso de apelación contra las resoluciones de los Jueces de Primera Instancia que rechazaren la acción.

- c. En los casos en los que el conocimiento en primera o única instancia compete excepcionalmente a las Cortes de Apelación o a la Suprema Corte de Justicia (supuestos de competencia objetiva por razón de la persona o aforamientos), las decisiones adoptadas por el juez de la Corte de Apelación o de la Suprema Corte de Justicia en funciones de juez de instrucción, serán susceptibles de apelación ante la Cámara Penal de la Suprema Corte de Justicia, tal y como se preceptúa en los artículos 377 a 380 del texto procedimental.

En todo caso la excepcionalidad del recurso de apelación se asienta particularmente, no en el hecho de limitar los órganos judiciales cuyas decisiones son susceptibles de esta impugnación, sino en la circunstancia de delimitar que de las resoluciones de estos, sólo serán apelables aquellas que la ley expresamente autorice; circunstancia esencial a la que se le une el menguado elenco de supuestos en los que el legislador posibilita tal impugnación. No obstante, a diferencia de lo que ocurre para la apelación de sentencias, no se establece con relación a las resoluciones interlocutorias una indicación de motivos de impugnación, pudiendo asentarse en cualquier motivo o cuestión, incluida la discrepancia de criterio en cuanto a la ponderación de las razones jurídicas o fácticas en las que se asienta la decisión.

La imposición de esta conjunción de restricciones relativas a la admisibilidad de la apelación se orienta a la búsqueda de una mayor celeridad en el proceso, tratándose de que la satisfacción del derecho a la doble instancia se alcance normalmente mediante el mucho más dinámico instrumento del recurso de oposición, reservándose así el más complejo procedimiento de la apelación para los supuestos en los que la decisión judicial compromete los derechos individuales de forma particularmente intensa.

En conjunción de todo lo expuesto, puede concluirse que serán susceptibles de recurso de apelación las siguientes resoluciones:

1. La decisión judicial revisando el pronunciamiento del Ministerio Fiscal sobre la admisibilidad de la querrela (art. 269).
2. La declaración de desistimiento del querellante (art. 271).
3. Las decisiones relativas a medidas de coerción (art. 245).
4. La suspensión condicional del procedimiento (art. 41).
5. La decisión judicial revisando el pronunciamiento del Ministerio Fiscal sobre el archivo de las actuaciones (art. 283).

6. La denegación de apertura de juicio oral (art. 304).
7. La decisión de procedencia del procedimiento especial para asuntos complejos (art. 369).
8. La decisión denegatoria del Habeas Corpus (art. 386, en su redacción dada por la ley 278/2004).
9. De las decisiones del Juez de Ejecución Penal:
 - Las resolutorias de incidentes de ejecución (art. 442).
 - Las relativas a la extinción de pena (art. 442).
 - Las atinentes a la libertad condicional del penado (art. 445).
 - La transformación de multa en prisión (art. 446).
 - Las relativas a la cesación o continuación de las medidas de seguridad (art. 447).

X.4.3 Su tramitación

X.4.3.1 El plazo y la igualdad de partes

Ninguna duda suscita el lugar de presentación del escrito de impugnación del recurso de apelación. Pese a la competencia de tribunal de alzada para su resolución, el órgano ante el cual ha de interponerse el recurso es el mismo que dictó la resolución recurrida, siendo competencia del Secretario Judicial la recepción del escrito.

Sí es más llamativa, sin embargo, la regulación de los plazos de interposición y de contestación, pues si para la interposición del recurso se concede un plazo de cinco días (art. 411) a contar desde la notificación de la resolución atacada, para la contestación del recurso se da un término de tres días (art. 412). La ley no exterioriza en su exposición de motivos cuál puede ser la razón del diferente término; muy probablemente el motivo no sea otro que la voluntad de aligerar en lo posible la tramitación, no obstante, hacerlo a costa del desigual tratamiento de las partes durante el proceso, puede suscitar problemas serios de constitucionalidad y el propio incumplimiento del contenido del artículo 12 del Código Procesal Penal, que establece que las partes intervienen en el proceso en condiciones de igualdad. El hecho de que no exista ninguna legitimación constitucional de porqué el término para estudiar una resolución y la estrategia procesal de su ataque, ha de duplicar al tiempo con el que contarán el resto de partes para estudiar la defensa ante este ataque de la decisión impugnada, puede llevar a la consideración de trato discriminatorio y a la declaración de nulidad del término de contestación.

X.4.3.2 El escrito de interposición

Expresamente indica el artículo 411 que la formalización del recurso de apelación exige de la presentación de escrito. Nada dice, sin embargo, sobre la obligatoriedad de acompañarse o no de copias para el resto de partes personadas, no obstante, la exigencia viene derivada de la propia tramitación del recurso y del necesario traslado al resto de partes personadas que se recoge en el artículo 412. El no acompañamiento de las correspondientes copias —como se vio— con

relación al recurso de oposición- no ha de ser razón para la inadmisión del recurso, siendo evidente que será obligación del secretario la confección de tales copias a cargo de las partes, con inclusión futura en la tasación de costas en los términos fijados en los artículos 248.2º, 249, 250 y 251 del Código Procesal Penal.

Respecto a cuál ha de ser la estructura del escrito impugnatorio, el código procesal exige: 1) que esté motivado, 2) que proponga la prueba de que intente valerse y 3) que fije el objeto de lo que se pretende probar. Esta triple exigencia del artículo 411 plantea una serie de cuestiones de indudable interés práctico:

1. En cuanto a la primera exigencia, la de motivación del recurso, es concretada en el artículo 399, que impone que se haga una “indicación específica y motivada de los puntos de impugnación”. La exigencia –como se vio– determina la necesidad que hay de fijar el extremo de la decisión que resulta atacado (objeto del recurso) y de definir los motivos concretos de la discrepancia (razones del recurso); habiéndose de analizar en consideración a la buena o mala fe procesal, la subsanabilidad o insubsanabilidad de la impugnación interpuesta con quebranto de tales exigencias.
2. En lo relativo a la prueba, tres son las principales cuestiones prácticas que se suscitan.
 - a. La primera derivada de la redacción literal del artículo 411 que preceptúa que “*el apelante (con el escrito) puede presentar prueba...*”. Una valoración literal del artículo conduciría a la conclusión de que la única prueba susceptible de hacerse valer en la alzada, es aquella que la parte puede aportar con el propio escrito impugnatorio, esto es, la prueba documental. No obstante, la literalidad del artículo ha de ponerse en conjunción con el artículo 413 el cual, al indicar que *el que haya promovido prueba tiene la carga de su presentación en la audiencia*, pone en evidencia que lo que ha de incluirse con el escrito de impugnación, no es la prueba en sí misma, sino la proposición de practicar aquella en la que se pretende hacer descansar el juicio alternativo que el recurso defiende.
 - b. La segunda cuestión práctica que se ha de solventar es la derivada de exigirse que la proposición de prueba vaya acompañada de la indicación precisa de lo que se pretende probar. Ciertamente esta indicación es coherente con la necesidad de aportar al tribunal unos parámetros de conocimiento en los que pueda asentar su decisión sobre la pertinencia y necesidad de la prueba propuesta (necesaria y útil dice el artículo 413), no obstante, la exigencia de que el objeto de la prueba se indique de forma precisa, no puede entenderse en los estrictos términos fijados por la ley, sino que habrá de mitigarse por los tribunales de manera que, ofreciendo la razón estratégica de defensa en relación al objeto del recurso, no desvele el sentido indicativo que pretende obtenerse de la prueba que se propone, pues esto en anularía en la práctica la virtualidad de la prueba en todos aquellos casos en los que se recaba información fáctica de testigos o partes que se sitúan en el ámbito de afección de la parte adversa.
 - c. La insatisfactoria indicación de estos objetivos de las pruebas se configura claramente como un defecto subsanable. Surge así también la cuestión de cuál ha de ser el órgano competente para interesar la corrección. Lógicamente no puede ser otro que el tribunal de alzada, por ser este el que resuelve finalmente sobre la admisibilidad del recurso y sobre la pertinencia de la prueba; no obstante, tal mecánica de actuación impone un ulterior traslado a la parte contraria a fin de que pueda complementar su contestación en consideración a las aclaraciones realizadas, lo que hace que pueda ser particularmente útil –por rapidez y simplificación procesal– que la subsanación se pida por el tribunal ad quo tan pronto como se reciba

el escrito de interposición del recurso, en los supuestos en los que la omisión de la exigencia legal es absoluta o evidente.

X.4.3.3 Problemas con relación a su tramitación

Como se deriva del párrafo tercero del artículo 412, el legajo del recurso vendrá formado por los escritos de interposición y contestación, así como por una copia de las actuaciones pertinentes.

Se plantea así la cuestión de quién concretará qué copias formarán parte del legajo y cómo habrá de hacerse. Que el tribunal *ad quem* puede interesar la inclusión de cuantas copias considere pertinentes es algo que declara el propio legislador en el mismo artículo (art. 412 in fine), no obstante, el que el legislador indique que haya de ser excepcional la reclamación de copias complementarias por parte del tribunal de alzada, pone en evidencia que la definición de los testimonios ha de corresponder a un periodo previo, es decir, en la fase de tramitación del recurso ante el tribunal *ad quo*.

En lo relativo a los extremos que han de incorporarse por fotocopia al expediente, resulta obvio e ineludible que forme parte del legajo una copia de la resolución impugnada. En lo demás, serán las partes quienes indicarán que otros extremos de las actuaciones deberán sumárseles en atención a los fines del recurso o de su oposición al mismo, pues aunque nada diga al respecto el código, la legitimación para tal petición no es sino consecuencia de la facultad de justificación o probanza documental que corresponde a las partes; si bien siendo conscientes de que no se trata de una prueba documental en sentido estricto, como claramente se percibe del hecho de que la decisión de incorporación o no de las copias haya de ser facultad propia del juez de instancia y no del tribunal de alzada. Paralelamente se plantea la cuestión de si pueden incorporarse al expediente copias de otros extremos que las partes no hayan interesado y el Juez de Paz o el Juez de la Instrucción puedan considerar de oficio. La respuesta ha de ser positiva, asentándose la posibilidad en no tener estas copias sino un carácter complementario de la fundamentación o justificación de la resolución impugnada.

Otra de las cuestiones que se suscita es la de cual será el momento en el que se concrete el contenido del registro particular de cada recurso. La ley nada dice. Pese a ello, y aún cuando el artículo 412 diga que una vez contestado el recurso "*el secretario, sin más trámites... remite las actuaciones a la Corte de Apelación, para que ésta decida*", parece lógico que se introduzca previamente un innominado acto procesal en el que el propio Juez impugnado determine qué copias, de las interesadas por las partes o de las que él mismo considere, han de ser incorporadas al recurso; no obstante, la imprevisión legal deja claramente en el aire cuál ha de ser la actuación procesal en el supuesto de que alguna de las partes disienta de la decisión judicial al respecto.

Superados estos momentos procesales comenzará la tramitación del recurso ante el Tribunal *ad quem*, quien en el término de los diez días siguientes habrá de adoptar alguna de las siguientes resoluciones:

- a. Inadmisión del recurso:** La inadmisión **a limine** ha de adoptarse con la orientación restrictiva indicada en el análisis inicial del presente módulo.

b. Admisión del recurso:

b.1. En la eventualidad de declararse la admisión, el tribunal deberá resolver sobre la admisión o inadmisión de la prueba propuesta. Si se optara por **la inadmisión de la prueba interesada**, deberá el tribunal resolver sobre la procedencia o improcedencia del recurso en la misma decisión (art. 413). Lógicamente la inadmisión de prueba debe llevar consigo la devolución de los documentos a la parte cuando la prueba inadmitida sea prueba documental que hubiere acompañado al escrito de parte, pues dejar en autos los documentos inadmitidos no es sino una burla de la decisión del tribunal.

b.2. Si fuera declarada la admisión del recurso y el tribunal de apelación admitiera además –total o parcialmente²⁷– la prueba interesada, dos son las posibilidades que se le ofrecen:

b.2.1. Que el tribunal considere que a la vista de la prueba propuesta y las circunstancias del caso, no es necesaria la celebración de vista oral. En tales supuestos la literalidad del artículo 413 no impone necesariamente la vista oral. Es cierto que el artículo indica que **“Si alguna de las partes ha promovido prueba y la Corte de Apelación la estima necesaria y útil, fija una audiencia oral dentro de los diez días siguientes a la recepción de las actuaciones”**, no obstante tal vista ha de condicionarse a que sea tenida por necesaria y útil la propia audiencia oral y no la prueba, en la medida en que no son pocas las ocasiones en las que la valoración de nuevas y útiles pruebas no imponen la actuación oral e inmediata, siendo el paradigma de tales supuestos la valoración de la prueba documental. Así, pues, la consideración por el Tribunal de la no conveniencia de una audiencia pública, determinará a este a la inmediata resolución del recurso.

b.2.2. Que el Tribunal considere necesaria la realización de una audiencia pública para la práctica y valoración de la prueba propuesta y admitida.

La redacción del artículo parece evidenciar la voluntad legislativa de que en tales supuestos la audiencia oral tuviera lugar dentro de los diez días siguientes a la recepción de las actuaciones y de que se resolviera el recurso a la terminación de la vista. La realidad práctica no parece que pueda permitir tal funcionamiento. El hecho de que el párrafo primero del artículo 413 indique que en los diez días siguientes a la recepción de los autos deba el tribunal decidir sobre la admisión a trámite del recurso y su prueba, determina que sea en ese plazo en el que se efectuará el análisis de admisión y en el que se concluirá sobre la propia pertinencia de la vista, de suerte que en la mayor parte de las ocasiones se habrá agotado el plazo del señalamiento cuando se vaya a decidir sobre su necesidad. Ello llevará a los tribunales a afirmar que la exigencia del código de “fijar una audiencia oral dentro de los diez siguientes a la recepción de las actuaciones” equivale a que en ese plazo habrá de tomarse la decisión de señalamiento y no a que en tal término tenga lugar su práctica. La interpretación, siendo amable con la práctica forense y posible en cuanto a la

²⁷ Nada dice el Código Procesal Penal, no obstante, la admisión de la prueba propuesta no tiene porque ser en su plenitud, pudiendo denegarse prueba que siendo incluso pertinente, el tribunal considere su innecesidad o inutilidad.

literalidad del precepto, dejaría sin embargo en el aire cual ha de ser el término de final realización de la audiencia, lo que no es coherente con el estrecho marcaje de los plazos que –en aras de una celeridad- se imprime a la segunda instancia en toda la regulación del recurso. De adverso, la voluntad de practicar la audiencia en los diez días legales impondría que el análisis de la necesidad de la audiencia habría de tener lugar inmediatamente después de la recepción del recurso, lo que paradójicamente también impondría su instantánea resolución cuando se concluyera que lo procedente es la admisión, pero sin realización de audiencia oral para la práctica de la prueba. La redacción pues es defectuosa y se sugiere que la imperfección terminará por saldarse con una práctica procesal en la que la decisión de pertinencia de la vista se adoptará en el término de diez días, con subsiguiente práctica de la audiencia en su caso en otros diez días.

X.4.3.4 Su efecto suspensivo

Debe de tenerse en cuenta, con relación a estos recursos, que si bien el artículo 401 establece que la presentación de un recurso suspende la ejecución de la decisión, es lo cierto que:

- a. El artículo 411 indica que la presentación del recurso de apelación contra resoluciones interlocutorias no paraliza la investigación ni los procedimientos en curso.
- b. El artículo 245 dispone que la interposición de un recurso contra resoluciones judiciales relativas a medidas de coerción no suspende su ejecución.

Estas disposiciones especiales no dejan ninguna duda en cuanto a la pertinencia de suspender la ejecución de la decisión impugnada cuando esta provenga del Juez de Ejecución Penal. Igualmente clara resulta la impertinencia de esta suspensión cuando el recurso ataca decisiones –positivas o negativas- adoptadas en materia de medidas de coerción. El problema se suscita, no obstante, con relación a decisiones de continuidad procesal. En estas resulta evidente observar que una decisión de prosecución nunca dejará de ejecutarse por la interposición de un recurso de apelación (art. 411); no obstante, ello no supone concluir que en casos contrarios deba hacerse lo mismo, esto es, que contra las decisiones que lo que preceptúan es precisamente la paralización del procedimiento (archivo de las actuaciones o la propia decisión judicial de inadmisión de la querrela previamente admitida por el Ministerio Fiscal), no pueden admitirse que el efecto suspensivo conduzca a la tesis contraria de prosecución temporal o interina.

X.4.3.5 Juicio rescisorio

El artículo 415 impone la necesidad de motivación o justificación de la resolución, estableciéndose la eficacia rescisoria del recurso, que determina a la Corte de Apelación a confirmar la resolución impugnada o, en su caso, modificarla total o parcialmente, dictando su propia decisión sobre el asunto.

X.4.3.6 La tramitación de urgencia

El Código Procesal Penal establece una serie de reglas especiales para la apelación de la decisión judicial de prisión o de arresto domiciliario, cuales son:

- a. Como ya vimos, el recurso de apelación no tendrá efecto suspensivo (art. 245, frente a artículo 401).
- b. Remisión inmediata al tribunal de alzada.

La exposición de motivos anuncia ya el principio general que inspira esta urgente remisión, declarando que “Cualquier medida que comporte una restricción de derechos o un atentado a la libertad se tendrá como un acto jurisdiccional inmediatamente recurrible ante otro tribunal para la verificación de su razonabilidad y su legalidad”. La inmediatez de la resolución no se construye para todos los supuestos, sino exclusivamente para aquellos en los que lo que se haya adoptado sea la prisión preventiva, el arresto domiciliario o se haya rechazado su revisión o sustitución por otra medida (art. 414). En estos casos no existirá tramitación ninguna ante el Juzgado ad quem, disponiéndose que en el mismo precepto que el Juez deberá enviar las actuaciones de inmediato²⁸ al tribunal de apelación y añadiendo que este celebrará audiencia en el término de 48 horas a contar desde la presentación del recurso si el órgano que dictó la decisión impugnada tiene su sede en el distrito judicial en que tiene su asiento la Corte de Apelación, o en el término de 72 horas en caso contrario.

- c. Para la tramitación del recurso se impone ex lege la práctica de una audiencia ante el tribunal de apelación.

Se impone así el principio de oralidad, eliminándose la exigencia general de que la audiencia venga determinada por la necesidad de practicar la prueba propuesta y negándose además la facultad del tribunal de ponderar la utilidad de esta vista oral. La audiencia es pues obligatoria, aún cuando no tenga otro objeto que el que las partes directamente presenten su análisis sobre la legalidad y razonabilidad de la decisión.

El hecho de que el artículo 414 no haga alusión ninguna al trámite que ha de seguirse con relación al resto de partes personadas, plantearía serios problemas de constitucionalidad en la eventualidad de un cumplimiento literal de lo preceptuado, pues es evidente que el que estas partes personadas queden excluidas de su participación en la sustanciación del recurso, quebrantaría plenamente el derecho de defensa y de contradicción (STCE 114/86, de 2 de octubre y 222/88, de 24 de noviembre). Por todo ello, el precepto debe sufrir una interpretación judicial integradora que asegure la satisfacción de estos principios, alcanzándose este deber de la mano del artículo 12 del Código Procesal Penal que establece que “*las partes intervienen en el procedimiento en condiciones de igualdad. Para el pleno e irrestricto ejercicio de sus facultades y derechos, los jueces deben allanar todos los obstáculos que impidan la vigencia o debiliten este principio*”, puesto en relación con el artículo 406 que fija que “*Cuando en ocasión del conocimiento de un recurso, se ordena la realización de una audiencia, se aplican las normas relativas al juicio (art. 305 y ss)*”. Ello determina que deba entenderse que la Corte de Apelación, no sólo “*fijará una audiencia para conocer del recurso*”, tal y como indica el artículo 414, sino que al tiempo deberá dar traslado del recurso al resto de las partes personadas, a quienes citará además para tal comparecencia.

Frente a este traslado se ofrecen dos posibilidades, una primera que permitiría que los requeridos pudieran presentar su escrito de contestación antes de la audiencia y otra segunda que establecería

²⁸ Es de entender que con las copias que el juez ad quo considere.

que la contestación se encauzaría de forma oral y en la audiencia. El limitado tiempo otorgado para la decisión final hace casi inútil el intento de obtener una contestación escrita y de que esta pueda ser trasladada al recurrente, sugiriéndose más adecuado el que la contestación tenga lugar en la propia audiencia, algo que deberá ocurrir al inicio de la vista a fin de determinar el objeto del debate. La audiencia continuará con la práctica de la prueba aportada en el acto y concluirá con el informe que las partes puedan hacer con relación a la legalidad y razonabilidad de la decisión, sin que pueda excluirse que las partes recurridas -con carácter previo a la audiencia- puedan solicitar la colaboración del Tribunal para la práctica de las diligencias probatorias que no puedan aportar por sí mismas.

X.5 El Recurso de Apelación contra la sentencia

X.5.1 Introducción

Ya se dijo que entre las exigencias del debido proceso se encuentra la garantía de la doble instancia penal, no siendo este un derecho absoluto sino que ha de configurarse en los términos definidos por el legislador. No obstante, donde la exigencia de la doble instancia se perfila más claramente es con relación a la revisión de la legalidad de la decisión definitiva adoptada en sentencia, respecto a la cual existe un redactado normativo básico lo suficientemente concreto. Así el artículo 3.2 de la Constitución establece que “la República Dominicana reconoce y aplica las normas de Derecho Internacional general y americano en la medida en que sus poderes públicos las hayan adoptado”, añadiendo el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que “Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley”. Por último, el artículo 8.2.h de la Convención Americana de Derechos Humanos establece que “*toda persona inculpada de delito tiene derecho...de recurrir el fallo ante juez o tribunal superior*”.

Las referidas normas han asentado que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos declarara (Caso Abellá contra Argentina, Informe 55/97) el derecho del encausado a que un tribunal superior examine o reexamine la legalidad de la sentencia jurisdiccional de la que resulte un gravamen irreparable para una persona, extendiéndose también el reconocimiento de este derecho a todos aquellos supuestos en los que la decisión judicial –sea cual sea el momento procesal de que se trate entrañe un gravamen que afecte a los derechos o libertades fundamentales, como es la libertad personal.

Resultaba pues obligado que el nuevo Código Procesal Penal reconociese la posibilidad de recurrir las sentencias condenatorias, abordándose tal imperativo en el artículo 21, que establece el derecho que tiene el imputado de recurrir contra las sentencias condenatorias, así como en el artículo 416, en el que se reconoce al recurso de apelación como el instrumento para la impugnación de las sentencias. No obstante, la regulación procesal va más allá de las exigencias básicas analizadas, reconociéndose la facultad de impugnar, tanto contra los pronunciamientos de condena, cuanto los de absolución.

X.5.2 Legitimación

En el estudio relativo a la parte general y común de los recursos, se analizó ya con suficiente detalle lo relativo a la legitimación para la interposición de los recursos, siendo tal doctrina plenamente extrapolable a la apelación.

A modo de resumen puede aquí reproducirse que estarán legitimados para recurrir la sentencia, no sólo las partes del proceso, sino la propia víctima del delito, aun cuando no sea parte. La única exigencia será que las decisiones atacadas sean desfavorables a las partes recurrentes, esto es, que exista un gravamen o diferencia entre lo peticionado en su día por el recurrente y lo que fue concedido en la resolución de la que se discrepa. La concreción de si existe o no tal gravamen en algunos supuestos particularmente dudosos o conflictivos ha sido analizada anteriormente, restando por analizar ahora únicamente la posibilidad de las partes de impugnar la sentencia de conformidad:

- a. Ninguna especialidad existirá en cuanto a la posibilidad de las partes de impugnar la sentencia de acuerdo parcial (art. 366 a 368) en la medida en que se produzca una desviación entre lo pretendido por la parte y lo resuelto en la sentencia con relación al juicio de la pena.
- b. Donde sí pueden justificarse determinadas particularidades en el régimen de recursos es con relación a la Sentencia de acuerdo pleno, es decir, aquella que ha de dictarse en aquellos procedimientos en los que la defensa admite el hecho que se le atribuye y conviene con el monto y tipo de pena, así como con los intereses civiles que se le reclaman (art. 363). Ciertamente es que en tales supuestos el artículo 364, **in fine**, afirma que "**la sentencia...es apelable**"; no obstante, no puede olvidarse que la conformidad es un acto procesal de disposición que la ley admite y consagra, sin que las partes puedan ir contra sus propios actos dispositivos; de suerte que no es absurdo afirmar que la conformidad entraña una renuncia anticipada a la apelación, ya que de lo contrario estaríamos en un supuesto de revocación sin causa de lo que se consintió, lo que no sólo entrañaría una desleal conducta que el derecho no puede amparar, sino que alteraría la seguridad del tráfico jurídico.

La posible discordancia entre la facultad de apelación reconocida en el artículo 364 y esta teoría jurídica, ha de ser corregida mediante una interpretación integradora que permitirá afirmar que el recurso de apelación en este caso, pese al ilimitado reconocimiento legal, sólo podrá admitirse en los siguientes supuestos:

1. Desde el punto de vista de las acusaciones, estas podrán impugnar el pronunciamiento en aquellos supuestos en los que la sentencia absuelva al acusado o acusados, o les imponga pena menos grave que la consentida, vista la posibilidad de condena *in favor rei* recogida en el artículo 364.
2. Del lado del condenado, este podrá impugnar la sentencia en aquellos supuestos en los que aduzca la ausencia de un consentimiento informado y libre sobre los puntos del acuerdo, toda vez que el artículo 363 del Código Procesal Penal exige esa voluntariedad e inteligencia como premisa constitutiva de la validez del convenio.

3. Podrá también hacerlo en aquellos supuestos en los que se les hubiera condenado a pena superior a la mutuamente aceptada, por ser esta una posibilidad también proscrita al parágrafo penúltimo del artículo 364.

Fuera de estos supuestos, debería inadmitirse el recurso de apelación interpuesto contra sentencia de acuerdo pleno, por ser esta una actuación procesal desleal y que ataca además la seguridad del tráfico jurídico y el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, contrariando plenamente lo dispuesto en el artículo 134, en el que se establece la obligatoriedad de las partes de “*litigar con lealtad, absteniéndose de proponer medidas dilatorias, meramente formales y de abusar de las facultades que este código les reconoce*”.

No puede concluirse sin abordar el análisis de la posible impugnación del acuerdo por la víctima, pues si bien inicialmente podría considerarse la posibilidad de impugnación de la sentencia en su condición de resolución que pone término al proceso, es lo cierto que la posibilidad del recurso a nada conduce en la medida en que la víctima no está personada, de suerte que el procedimiento ulterior a la eventual revocación quedaría sometido de nuevo al divergente criterio de las acusaciones que propugnaron el acuerdo destruido.

X.5.3 Interposición del recurso

Como en el caso del recurso de apelación contra resoluciones interlocutorias, la apelación contra las sentencias deberá interponerse ante el órgano jurisdiccional que dictó la resolución recurrida (Art. 418), no obstante, el plazo para esta formalización es de 10 días, que como ya se indicó anteriormente, habrá de computarse desde la notificación a la parte afectada y en la eventualidad de doble notificación al letrado y su representado, desde el momento en que se realizó la primera.

Surgen, sin embargo, dos cuestiones novedosas:

La primera de ellas afecta al cómputo del plazo de interposición del recurso en aquellos supuestos en los que la sentencia se haya adelantado de forma oral (*sentencia in voce*) a la terminación del acto de enjuiciamiento. En tales supuestos no podrá considerarse ese momento como el del inicio del cómputo, comenzando a correr el término desde el instante en el que tenga lugar la notificación de la redacción escrita de la resolución, pues sólo desde entonces podrá la parte conocer las razones que han llevado a la decisión de la que discrepa y estará habilitado para construir el juicio lógico en el que asentar la revocación que pretende. Cuestión distinta sería que la parte interpusiera su recurso a partir de la comunicación oral del fallo y antes de la notificación de la fundamentación judicial, supuesto en el que el recurso habría de admitirse a trámite, aún reconociendo a la parte la posibilidad posterior de completarlo a la vista de la sentencia documentada. En cualquier caso, de no aprovechar la parte esta ulterior posibilidad de complementar su argumentación, en modo alguno existirá una situación de indefensión, por no ser estimable la indefensión cuando es alegada por quien se coloca a sí mismo en tal situación o por quien no hubiera quedado indefenso de actuar con la diligencia razonable exigible²⁹.

²⁹ El Comité de Derechos Humanos, Comunicación 589/1994 Crafton Tomlin contra Jamaica, dictamen de 16 de julio de 1996, dispuso que el abogado que actúa en el ejercicio de su profesión, aun perdiendo la oportunidad de una revisión judicial completa, no implica una violación de la Convención a menos que sea evidente que haya actuado en contra de los intereses de

Otra cuestión que se plantea será la de en qué supuestos podrá suspenderse el cómputo del plazo. Ya analizamos en la parte general los casos en los que tal cómputo podría ser interrumpido (art. 143 y 147), así como la lógica ampliación de la posibilidad a aquellos supuestos de rectificación o aclaración del fallo, o a aquellos otros en los que la actuación letrada de oficio se evidencia como irreal o absolutamente inoperativa. Junto a estos supuestos, la práctica enseña lo habitual que resulta que quien discrepa de una decisión judicial que le resulta adversa, desconfió al tiempo del técnico que defendió sus derechos y cambie en consecuencia de letrado. Será esta una causa lógica de interrupción del plazo de impugnación, tal y como impone la Corte Europea de Derechos Humanos (Ekbatani contra Suecia, Stcia de 26 de mayo de 1988) en la que se preceptúa que la apelación en materia penal es la última instancia en la que el asunto puede ser examinado enteramente, teniendo importancia crucial para la equidad del sistema penal que el acusado sea adecuadamente defendido tanto en primera instancia como en apelación, no pudiéndosele privar del derecho a la asistencia de un defensor de su confianza reconocido en el artículo 6.3 de la Convención Europea.

X.5.4 El escrito de interposición

X.5.4.1 Generalidades

Como se analizó, la práctica planteará la necesidad de decidir si el escrito de formalización del recurso cumple con incorporar indicaciones genéricas como “que se apela”, o que la sentencia “es contraria a derecho”, o “resulta improcedente conforme a derecho a la vista de la prueba practicada” o, por el contrario, debe incorporar algo más.

El Código Procesal Penal se decanta claramente por exigir con carácter esencial la consignación de los motivos de la impugnación en el escrito de formalización del recurso. Así se establece en el artículo 399 que, con carácter general, indica que los recursos *se presentan...con indicación específica y motivada de los puntos impugnados de la decisión*; y del artículo 418 que, con relación a la apelación de las sentencias, impone que el escrito *exprese concreta y separadamente cada motivo con sus fundamentos, la norma violada y la solución pretendida*. Resulta lógico que la falta de motivación deba suponer la inadmisión del recurso –o su desestimación en la eventualidad de errónea admisión–, pues la ausencia de explicación no sólo determina indefensión al resto de partes personadas por ignorar las razones concretas de ataque a la sentencia, sino que imposibilita a la Corte de Apelación de conocer el posible error. De adverso, la exigencia de indicación separada que hace el artículo 418 debe ser considerada una exigencia meramente formal, de manera que será totalmente disculpable la presentación desordenada de los argumentos siempre y cuando resulten comprensibles, a fin de no dificultar en ningún caso el derecho de defensa e impedir así el funcionamiento del principio tutela judicial efectiva³⁰.

Por último, debe tenerse presente que el escrito de interposición en modo alguno podrá incorporar o plantear cuestiones nuevas con relación al objeto del proceso definido en la instancia, pues esta novedosa introducción, si bien no contrariaría el derecho de defensa en la medida en que la contraparte tendría un momento procesal para rebatir lo aducido, es lo cierto que sí hurta la competencia inicial de su conocimiento y sustrae el derecho de las partes a la doble instancia.

su cliente. En los mismos términos se ha pronunciado el Tribunal Constitucional Español SSTCE 211/89, 212/89, 186/91, entre muchas otras.

30 SSTCE 97/86 ó 175/88 entre muchas otras.

X.5.4.2 La prueba en la segunda instancia

El escrito de sustanciación del recurso deberá proponer la prueba de la que la parte intente valerse, pues aún cuando el artículo 418 no recoge tal posibilidad en su redactado cuando explica el contenido del escrito, es lo cierto que la admisibilidad de un a periodo de proposición y práctica de prueba está reconocido para la segunda instancia en el artículo 420, al indicar que *“La parte que haya ofrecido prueba en ocasión del recurso, tiene la carga de su presentación en la audiencia”*. No obstante, legalmente no se establece ninguna indicación con relación a cual puede ser el contenido de la prueba o cuales pueden ser sus limitaciones, lo que en la práctica suscitará distintas cuestiones:

1. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, aplicando el artículo 6.1 de la Convención Europea de Derechos Humanos –similar al artículo 8.1 de la Convención Americana-, opinó que dicho artículo exige que en segunda instancia se celebre audiencia pública y se escuche personalmente al inculpado –aún cuando ya hubiere declarado en la instancia- cuando éste así lo solicite (caso Ekbatani contra Suecia, sentencia de 26 de mayo de 1988).
2. Una segunda cuestión sería analizar si puede pretenderse la repetición de cualquier diligencia de prueba concreta practicada en la instancia, cuando lo que se busca en la alzada es un resultado probatorio distinto del que se produjo o una valoración divergente a la realizada en su día por el Juez de Instancia.

La cuestión ha de resolverse desde la consideración de que el proceso penal constituye un todo, de modo que el derecho de audiencia es una previsión exigible con relación a ambas instancias, si bien, no puede concluirse que la audiencia pública en segunda instancia sea obligatoria abstracción hecha de las cuestiones a juzgar. La ausencia de vista en segunda instancia puede justificarse por las características del procedimiento de que se trate, siempre que se haya celebrado en primera instancia. La visión más evidente la obtenemos en supuestos en los que a interposición de la apelación se consagra exclusivamente a cuestiones de Derecho y no a las de hecho. Así lo ha establecido el TEDH en sentencias como Ekbatani contra Suecia (26-5-88), Helmers contra Suecia (29-10-91) o Bulut contra Austria (22-2-1991). No obstante, cuando el tribunal de alzada ha de analizar cuestiones de hecho, y fundamentalmente la culpabilidad o inocencia del acusado, el TEDH ha entendido que la apelación no se puede resolver en un proceso justo sin un examen directo y personal del acusado que niegue haber cometido la infracción (Ekbatani contra Suecia) o (Constantinescu contra Rumanía de 27-6-2000) sin un examen en inmediación de los testimonios presentados en persona a favor del propio acusado que sostiene la no comisión de la acción. Ello conduce a la posibilidad de proponer y al deber de practicar en la alzada aquellas pruebas que, si bien fueron ya practicadas en la instancia, hayan sido interesadas por el apelante para la acreditación de cuestiones de hecho y siempre que se pretenda que la prueba tiene una fuerza sugestiva distinta de la que le otorgó el tribunal de instancia. Deberá pues excluirse la reiteración de la prueba en segunda instancia en aquellos supuestos en los que el tribunal de alzada está capacitado a efectuar la valoración de la prueba sin necesidad de la repetición ante sí de la prueba propuesta, cual es el caso de aquellos supuestos en los que el recurrente pretende la revocación de la decisión impugnada sobre la base de un quebranto de normas o de garantías procesales o en atención a la infracción de un precepto constitucional o legal o incluso en aquellos supuestos

en los que busque la revocación sobre la base de una discrepante valoración de los hechos, siempre y cuando asiente su pretensión en la valoración divergente de prueba documental o en razones que – admitiendo la fuerza sugestiva que el juez de la instancia ha atribuido a las pruebas hechas- lo que discuten es el juicio lógico desplegado por el juez a quo a la hora de obtener una conclusión de la conjunción de todas las convicciones (STCE 167/2002).

3. Una tercera cuestión sería si la prueba en la segunda instancia ha de limitarse a aquellas pruebas que no pudieron proponerse en la primera o a aquellas otras que, habiendo sido propuestas, fueron indebidamente denegadas por el órgano *ad quem*. El posicionamiento entrañaría un reconocimiento absoluto del principio de preclusión, en el sentido de proibirse que las partes pudieran proponer en la alzada un medio de prueba que ya tuvieron a su disposición en la instancia y no supieron o quisieron aprovechar. No obstante, el hecho de que tal indicación de preclusión no esté recogida en la ley y la circunstancia de entrañar una importante restricción del ámbito de aplicación efectiva del principio de defensa, determina la posibilidad de poder pretender también en la alzada aquellos medios probatorios que no se supo, no se pudo o no se quiso utilizar en la instancia, vetándose exclusivamente en aquellos supuestos en los que exista un ejercicio abusivo del derecho en el sentido de tratar de proponerse para la segunda instancia una prueba que el recurrente tuvo a su disposición en la instancia y cuya disponibilidad y existencia ocultó al resto de partes.

En la alzada será admisible toda prueba que, siendo novedosa y estando propuesta en tiempo y forma, sea pertinente y necesaria a juicio del tribunal. A tal efecto, debe entenderse la “*pertinencia*” como la condición que hace a la prueba oportuna y adecuada por tener relación con la cuestión que se analiza y ser hábil para formar la convicción del Tribunal (SSTS 6-6-87, 16-7-90 o 18-12-96); siendo así evidente que la pertinencia se aprecia en el momento de la admisión de la prueba. La “*necesidad*” de la prueba, sin embargo, no es sino la condición o el atributo que permite considerar a la prueba como indispensable y forzosa para evitar la indefensión, de manera que la apreciación de su concurrencia supone un juicio valorativo posterior al de la pertinencia, esto es, deberá posponerse al momento en que haya de abordarse ese medio probatorio y vendrá definido en estrecha consideración al número e intensidad de las evidencias obtenidas mediante el resto de pruebas ya practicadas.

X.5.4.3 Los motivos del recurso

El Código Procesal Penal dispone en el artículo 417 que el recurso de apelación sólo puede fundarse en:

1. La violación de normas relativas a la oralidad, intermediación, contradicción, concentración y publicidad del juicio.
2. La falta, contradicción o ilogicidad manifiesta en la motivación de la sentencia, o cuando ésta se funde en prueba obtenida ilegalmente o incorporada con violación a los principios del juicio oral.
3. El quebrantamiento u omisión de formas sustanciales de los actos, que ocasionen indefensión.

4. La violación de la ley por inobservancia o errónea aplicación de una norma jurídica.

La aparentemente rigurosa y minuciosa redacción parece sugerir la conclusión de que el recurso de apelación se configura como un recurso extraordinario, en el sentido de proceder únicamente por motivos tasados. No obstante, esta enumeración de motivos no debe conducir tal consideración, pues el artículo 417 se ha redactado en términos tan amplios que agota todas las categorías causales imaginables que pueden barajarse a la hora de plantear la impugnación de una sentencia definitiva, de suerte que el disconforme habrá de indicar las razones de su discrepancia, pero no encontrará obstáculo legal ninguno en hacer valer su oposición, cualquiera que sea la causa en la que se asiente. Esta realidad evidencia la naturaleza ordinaria del recurso de apelación contra la sentencia; mostrándose la interpretación coherente con la que ha sido la posición de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que sostiene que el recurso extraordinario no tiene por objeto remediar decisiones supuestamente erróneas, sino sólo omisiones o desaciertos de gravedad extrema, razón por la cual se muestra como un recurso de extensión limitada y de restringida procedencia que, en cuanto tal, no satisface la garantía del inculpado a impugnar la sentencia (Informe 55/1997, párrafo 269).

Así pues, la mentada consideración de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y los amplios términos del artículo 417, determinan el ineludible reconocimiento de una naturaleza ordinaria e ilimitada al recurso de apelación; única manera que permite dar completa satisfacción a la exigencia de doble instancia en la forma en que viene definida en los artículos 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 8.2.h de la Convención Americana de Derechos Humanos y sentido conforme al cual habrá de ser interpretada la norma a la hora de la admisión a trámite de los escritos de sustanciación por parte de los tribunales competentes para ello.

X.5.4.4 Análisis de la operatividad de los motivos del recurso

Caso: Sobre el carácter rescisorio o rescisivo del motivo de apelación aducido que resulte procedente.

El objetivo formativo: Pretende el caso traer a análisis los distintos motivos de apelación en relación con los efectos que del motivo pueden esperarse o acordarse.

Descripción de la situación fáctica: Tras acuerdo pleno con relación al pronunciamiento condenatorio, el tribunal estima el recurso del Ministerio Fiscal en el que aducía la improcedencia de la absolución dictada por el juez de instancia.

Pretendido un pronunciamiento condenatorio en ejercicio de acción penal y civil acumulado, la corte de apelación estima el recurso sustentado en haberse dejado sin resolver en la instancia lo relativo a la acción civil.

La corte de apelación estima el recurso interpuesto contra una sentencia declarando ser contradictorios dos puntos concretos del relato fáctico.

La corte de apelación estima el recurso y revoca la sentencia dictada en la instancia por considerar concurrente el único elemento del tipo penal cuya concurrencia era negaba en la sentencia apelada.

La relevancia de los motivos aducidos por el recurrente en cada recurso de apelación, se encuentra resumida y estructurada en el artículo 422, al establecer que la Corte de Apelación puede:

1. Rechazar el recurso, en cuyo caso la decisión recurrida quedará confirmada.
2. Declarar haber lugar al recurso, en cuyo caso se ofrecen dos posibilidades:
 - a. Dictar directamente la sentencia del caso, sobre la base de las comprobaciones del hecho ya fijadas por la sentencia recurrida, ordenando la libertad del preso si lo procedente resulta ser la absolución o extinción de la pena.
 - b. Cuando sea necesario realizar una nueva valoración de la prueba, ordenar la celebración total o parcial de un nuevo juicio ante un tribunal distinto (pero del mismo grado y departamento) del que dictó la decisión revocada.

Ningún problema se manifiesta en la necesidad de rechazar el recurso y confirmar la sentencia en todos aquellos supuestos en los que los argumentos de revocación aducidos por el recurrente son desconsiderados por la Corte de Apelación. Resulta obvia la consecuencia que se deriva de negar operatividad o virtualidad a las razones aducidas en su recurso por el apelante.

El problema se plantea en la tesis contraria, es decir, puesto que son dos resultados diferentes los que el tribunal puede adoptar en caso de que se considere adecuada la impugnación del apelante, y dado que la ley reconoce varios motivos de impugnación sin indicar el resultado que a cada uno de ellos corresponde en la eventualidad de que se estime su concurrencia, es necesario definir qué motivos de impugnación obligarán al tribunal a anular la sentencia e imponer una nueva valoración de la prueba en la instancia y cuales de los motivos recogidos en el artículo 417 permitirán a la Corte de Apelación modificar la resolución recurrida y dictar por sí una sentencia definitiva. Es decir, cuales son los motivos de apelación que, en la eventualidad de considerar su concurrencia, resultan insubsanables o irresolubles en la segunda instancia, y cuales son aquellos otros que permiten a la Corte de Apelación su subsanación y, consecuentemente, la resolución definitiva del objeto del proceso penal.

A. Quebrantamiento no subsanable o irresoluble en la segunda instancia

Nos estamos refiriendo a motivos rescidentes; a aquellos quebrantos que son base suficiente para declarar la nulidad de la sentencia y obligar a una retroacción del procedimiento y posterior repetición del juicio, o de parte de la prueba, o de su valoración o -cuando menos- de la resolución dictada en su día.

En relación a esto debe concluirse que la denominación genérica de los motivos utilizada en el artículo 417, no permite identificar cada uno de ellos con un efecto determinado, sino que habrá que estar a la concurrencia o no de una serie de elementos o requisitos que serán los definitorios de que el éxito de la apelación conduzca a la declaración de nulidad del juicio o de la sentencia, siendo estos los siguientes:

1. Que se quebranten o infrinjan normas procesales de naturaleza imperativa de inexcusable observancia, respecto de las cuales la trasgresión ha de ser grave y de consecuencias

trascendentes e irremediables para las garantías procesales esenciales otorgadas por las leyes.

2. Que la trasgresión lo sea de una norma o formalidad a la que se confiere tal trascendencia que su merma, supresión o inobservancia produzca la consecuencia de que el derecho o garantía quede gravemente afectado o suprimido.
3. Que se haya producido la indefensión del recurrente, privando al justiciable de alguno de los instrumentos que el ordenamiento jurídico pone a su alcance para la defensa de sus derechos con el consiguiente perjuicio, sin que la vulneración sea puramente formal, sino que entrañe un menoscabo real y efectivo del derecho de defensa.
4. Que la infracción no pueda ser subsanada en la segunda instancia, en cuyo caso habrá de ser el órgano de alzada el que dictara la correspondiente sentencia.
5. Que se haya pedido en primera instancia la subsanación de la infracción, salvo que esta ocurriera en un momento en que fuera imposible reclamar.

Sin ánimo de exhaustividad, entre las irregularidades procesales que pueden conducir a tal pronunciamiento se encontrarán:

- a. La omisión del derecho de la víctima a intervenir en el proceso en los términos fijados por la ley (art. 27 y concordantes del Código Procesal Penal).
- b. La no intervención en el trámite de conclusiones del Ministerio Fiscal, de la acusación particular, del actor civil, de la defensa del acusado o de la del responsable civil o del Ministerio Fiscal o del defensor en la posterior réplica, en los términos preceptuados en el artículo 331 y siempre y cuando no sea posible reparar el defecto.
- c. El quebranto de la obligación de presencia del inculpado en la Audiencia Preliminar o el Juicio, conforme se establece en el artículo 101, 300, 306 y 307 del Código Procesal Penal y siendo como es que la resolución judicial *inaudita* parte en supuestos no autorizados por la ley, es la representación máxima del quebranto del derecho a la tutela judicial efectiva y del derecho de defensa.
- d. El incumplimiento de la obligación de citar a juicio oral a la acusación particular, al actor civil o al responsable civil (art. 305 y 307), siempre y cuando se haya producido la real y efectiva inasistencia de la parte no citada.
- e. Los quebrantos de las exigencias esenciales para la validez del acuerdo pleno o del acuerdo parcial, no conducirán sino a la nulidad del acto de consenso y de la sentencia que se dicte. Se trataría de supuestos en los que faltara el consentimiento de alguna de las partes (art. 363.2), o en el que se hubiera obtenido sin un carácter informado y libre (art. 363.3), así como en todos aquellos supuestos en los que no concurren las circunstancias legales en las que se permite la disponibilidad de las partes sobre el objeto del proceso penal (art. 363.1).

- f. Infracciones del derecho al juez imparcial, tanto en aquellos supuestos en los que el juez carece de la debida imparcialidad subjetiva (art. 78), cuanto en aquellos otros en los que lo que se produce es un quebranto de la llamada imparcialidad objetiva (art. 78.6 y 403).
- g. La ausencia en la sentencia de la relación de hechos que el tribunal estima acreditados (334.4) o de la mención de las normas jurídicas aplicables (art. 334.5), por cuanto el incumplimiento de la obligación esencial de fundamentación del artículo 24 entraña el quebranto del derecho de defensa y del proceso debido y privará del derecho a la doble instancia en la eventualidad de que fuera suplido por el Tribunal de alzada.
- h. Igual razón del quebranto a la tutela judicial efectiva llevará a la nulidad de la sentencia en los supuestos de incongruencia omisiva o fallo corto, es decir, cuando el juzgador no responda a alguna o varias de las cuestiones jurídicas planteadas oportunamente por las partes.

B. Quebrantamiento subsanable o resoluble en la segunda instancia

Nos referimos con ello a supuestos en los que la Corte de Apelación confirma la realidad del vicio procesal aducido por el recurrente y por reconocerle una operatividad, revoca total o parcialmente la sentencia impugnada, dejando definitivamente zanjada la cuestión. Una vez más, el efecto rescisorio no puede identificarse de forma automática con alguno o algunos de los motivos concretos de impugnación recogidos en el artículo 417, sino que tal efecto dependerá de la cierta concurrencia de los siguientes requisitos:

1. Infracción de preceptos constitucionales o legales que deberán ser perfectamente identificados por el recurrente.
2. Que ocasionen una real y efectiva –no meramente formal- indefensión en el recurrente.
3. Que en primera instancia se haya pedido la subsanación de la falta o infracción, salvo que el quebranto se produjera en un momento procesal tras el que resulte imposible la reclamación.
4. Que la irregularidad sea resoluble por el propio órgano ad quem.

Una vez más, y a modo de ejemplo, pueden señalarse una serie de supuestos en los que el defecto será resoluble por la Corte de Apelación, como son:

- a. La sentencia dictada con quebranto de la duración máxima del proceso establecida en el artículo 148, que podrá ser corregida directamente por el tribunal de alzada en los términos establecidos en el artículo 149.
- b. La indebida denegación en la instancia de pruebas propuestas o la falta de práctica de aquellas que fueron inicialmente admitidas, cuando ello sea por causa no imputable al

recurrente, permitirá la celebración de la prueba en la alzada y la consideración de las evidencias que de ellas resulte.

- c. La falta de consideración de evidencias que son traídas al proceso por primera vez con ocasión de la práctica de prueba en segunda instancia.
- d. La denegación de preguntas en el juicio oral, subsanada mediante prueba testifical sanadora en la alzada.
- e. La utilización en juicio de las evidencias obtenidas durante la investigación y que no tengan la consideración de prueba anticipada.
- f. La corrección de aquellos supuestos en los que la sentencia de instancia ha tomado como base de la condena una diligencia irregular o, por el contrario, absolvió al reputar nula otra que fue respetuosa con los preceptos legales.
- g. La falta de claridad en los hechos probados o fundamentos de la sentencia de instancia o la contradicción entre algunos de ellos.

C. Otros quebrantos distintos de los anteriores

Existen otros dos motivos entre los referenciados en el artículo 417 que no son susceptibles de quedar integrados en las dos categorías anteriores de forma general, siendo estos el de error o ilogicidad manifiesta en la apreciación de la prueba y el de inobservancia o errónea aplicación de una norma jurídica –constitucional o no- que no tenga carácter adjetivo. Estos motivos habrán de tener entidad suficiente como para trascender a la parte dispositiva de la sentencia, es decir, para que entrañen un cambio de relato fáctico o de previsión jurídica, de suerte que operen en la calificación jurídica de los hechos, la participación criminal, las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal o la identidad de los responsables civiles y la extensión de su obligación rescisoria.

No puede terminarse este comentario sin destacar la consecuencia in favor rei establecida en el artículo 423 para el juicio rescidente en supuestos de reiteración de pronunciamiento absolutorio, puesto que en aquellos casos en los que se ordene la celebración de un nuevo juicio en contra de un imputado de haber sido absuelto en la sentencia anulada, si resultara de nuevo absuelto en el juicio repetido, la sentencia no es susceptible de recurso ninguno.

X.6 El recurso de casación

X.6.1 Introducción

El recurso de casación es el recurso extraordinario por antonomasia, ya que no puede interponerse por cualquier discrepancia del recurrente respecto de aquellas resoluciones judiciales contra las que se admite, sino que queda limitado a unos estrechos motivos previamente definidos por el legislador. La razón de esta restricción, como ha indicado la doctrina (CORTÉS DOMÍNGUEZ³¹),

31 Cortés Domínguez, Gimeno Sendra, Moreno Catena, Almagro Nosete, Derecho Procesal, Proceso Penal. Tomo II, 2ª Edición.

se asienta en que el recurso de casación si bien tiene “una función predominantemente parciaria, en el sentido de que principalmente tiende a defender los intereses y derechos de las partes procesales, aunque es cierto que con él se consigue una clara función de protección o salvaguarda de las normas del ordenamiento jurídico (nomofiláctica) y unificadora de la jurisprudencia en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas”.

X.6.2 Resoluciones susceptibles de recurso

Como en el resto de recursos, no todas las resoluciones judiciales serán susceptibles de esta vía impugnativa, quedando limitado por el legislador a las decisiones judiciales expresamente indicadas en el artículo 425 del Código Procesal Penal, esto es:

1. Las Sentencias dictadas por la Corte de Apelación; quedando así vetado el recurso de casación a aquellos supuestos en los que no se haya pretendido la subsanación de la supuesta trasgresión mediante el recurso ordinario de apelación en los términos derivados de los artículos 416, 71, 72 y 75.
2. *Las decisiones* –distintas de la propia sentencia– que ponen término al procedimiento, las cuales, en la medida en que adoptan una decisión definitiva con relación al objeto del proceso, participan en parte de la naturaleza o consecuencias de la sentencia absolutoria.

Son varios los supuestos que podrían estar aquí englobados:

- a. En primer lugar, la denegación judicial de apertura de juicio oral interesada por las acusaciones. Supuesto que viene recogido en el artículo 304 del texto procesal.
 - b. En segundo término, la decisión judicial revisando el archivo de las actuaciones ordenado por el fiscal (artículos 281 y 282).
 - c. En tercer lugar, los supuestos en los que el juez declara extinguida la acción penal por transcurso del tiempo máximo de duración del proceso (Artículo 149 y concordantes del Código Procesal Penal).
 - d. Por último, restarían los supuestos de decisión judicial de suspensión condicional del procedimiento (art. 40), a los que nos referiremos inmediatamente después.
3. *Resoluciones que deniegan la extinción o suspensión de la pena*, es decir, aquellas que vienen referidas a los artículos 442 y concordantes.

No obstante la sencillez del redactado, surgen algunas dificultades con relación a las resoluciones susceptibles de revisión casacional:

Tirant lo Blanc. Valencia 1988.

- a.** Respecto a la decisión judicial de extinción de la acción penal por transcurso del tiempo máximo de duración del proceso. Es evidente que esta decisión es una de las que pone término al procedimiento, por lo que sería susceptible de recurso de casación conforme con el artículo 425. No obstante resulta paradójico que permitiéndose su revisión casacional no se prevea la posibilidad de ser recurrida en apelación, como así se deriva del redactado del artículo 410 en relación con los artículos 148 a 154. Se configuraría así como la única resolución que puede ser atacada directamente ante la Suprema Corte de Justicia, lo que carece de toda lógica procesal. La cuestión ha de ser reinterpretada. Es el artículo 151 el que define la forma en que ha de llevarse a término la decisión judicial de declaración de extinción de la acción penal, indicándose que vencido el plazo de la investigación, si el Ministerio público no acusa, no dispone el archivo ni presente otro requerimiento concluido, el juez intimará al superior inmediato y lo notificará a la víctima para que lo hagan. La práctica procesal sugiere que así se hará y que tal petición motivará una decisión judicial susceptible de recurso de apelación (art. 283, 303 y 304), no obstante, en el improbable supuesto de que la intimación no generara respuesta ninguna, el artículo 151 preceptúa que el juez declarará extinguida la acción penal, sin que pueda concluirse que esta decisión judicial vaya a tener distinto régimen de recursos que cuando la misma decisión viene precedida de una petición fiscal. La conclusión es obvia. La declaración de extinción de la acción penal y el archivo de las actuaciones que resulta inherente, es susceptible de recurso de apelación y de posterior revisión casacional.
- b.** Se plantea la cuestión de si la decisión judicial de suspensión condicional del procedimiento prevista en el artículo 40 es una decisión susceptible de recurso de casación. Aún cuando esta decisión supone la paralización del procedimiento, la suspensión es una terminación condicionada al cumplimiento futuro de las exigencias establecidas en el artículo 41, de suerte que –como indica el artículo 42- si el imputado se aparta de las condiciones impuestas, comete una nueva infracción o incumple con los acuerdos de reparación, el juez puede ordenar la revocación y la reanudación del procedimiento. Así pues la suspensión, por su propia naturaleza, deja insatisfecha la exigencia de que la resolución recurrible en casación ha de ser una decisión jurisdiccional que ponga fin al proceso.
- c.** Con relación a las decisiones del Juez de Ejecución, el artículo 425 reconoce únicamente la posibilidad de recurrirse en casación las resoluciones de denegación de la extinción o suspensión de la pena. No indica el Código Procesal Penal que sea obligatorio agotar previamente los recursos ordinarios, no obstante, es consecuencia inherente a la naturaleza de la casación y del órgano llamado a resolverla, que con carácter previo se haya interpuesto el recurso de apelación previsto en el artículo 442. En otro orden de cosas, el control casacional de extinción de la pena permitiría un control de legalidad y una unificación de doctrina en las materias que sirven de soporte a dicha declaración de extinción (cuestiones relativas a la unificación de penas, su cómputo o las condiciones especiales de ejecución), de suerte que se manifiesta absolutamente inadecuado que sólo se permita *in favor rei*, despreciándose la posibilidad casacional en la eventualidad de que la resolución haya sido favorable a las pretensiones de suspender o dar por extinguida la pena.

X.6.3 Motivos del recurso

Recogidos en el artículo 426 del CÓDIGO PROCESAL PENAL, encarnan la naturaleza extraordinaria del recurso, en un doble aspecto:

- I. El recurso de casación sólo cabe por infracción de ley, siendo indiferente que sea esta una disposición sustantiva, procesal, constitucional o de convención internacional en materia de derechos humanos.
2. Se exige además que la desviación legal presente alguna de las siguientes circunstancias:
 - a. Que la sentencia sea de condena e imponga una pena privativa de libertad mayor de diez años. Resultan así excluidos los supuestos de penas privativas de libertad menores a diez años, penas de distinta naturaleza a la privación de libertad o sentencias en las que se desestimó una pretensión de condena en tales términos, siempre y cuando no queden amparadas en alguno de los supuestos siguientes.
 - b. Que la sentencia sea manifiestamente infundada, es decir, desviada de la recta aplicación del precepto legal.
 - c. Que la resolución de la Corte de Apelación sea contradictoria con otro fallo anterior de la Corte de Apelación o de la Suprema Corte de Justicia.
 - d. Que concurra cualquiera de los motivos del recurso de revisión que luego se verán.

Así pues, la redacción legal corrobora una vez más que la casación no sólo tiene el objeto de proteger al justiciable, que lo tiene, sino que está particularmente al servicio de los intereses objetivos ligados a la necesaria depuración en la interpretación de la norma, alcanzando esta función mediante la unificación de criterios jurisprudenciales, unido a la revisión o el control de la aplicación de la ley hecha por los Tribunales de instancia y a través, por último, de la vigilancia del cumplimiento de las garantías constitucionales.

X.6.4 Tramitación y efectos

El artículo 427 recoge que en lo relativo al procedimiento y la decisión sobre este recurso, se aplicarán las disposiciones relativas al recurso de apelación de las sentencias, lo que remite a lo expuesto anteriormente en materia del escrito de interposición, plazo, prueba, procedimiento de sustanciación y operatividad del motivo en el que pueda asentarse la casación de la resolución impugnada.

El precepto fija una única especialidad al indicar que el plazo para decidir será de un máximo de un mes en todos los casos; debiéndose tener en cuenta lo preceptuado en el artículo 154, el cual establece que *“Cuando la Suprema Corte de Justicia no resuelve un recurso dentro de los plazos establecidos por este código, se entiende que ha admitido la solución propuesta por el recurrente, salvo que sea desfavorable para el imputado, en cuyo caso se entiende que el recurso ha sido rechazado. Si existen recursos de varias partes, se admite la solución propuesta por el imputado”*.

X.7 El recurso de revisión

La marginalidad en la aplicación práctica del recurso de revisión no justifica el estudio detallado abordado con los anteriores instrumentos de impugnación, no obstante, la necesidad de culminar el análisis del Libro III del Código Procesal Penal y – fundamentalmente- la naturaleza de los motivos en los que se asienta este recurso, evidencian la conveniencia de no eludir una mínima reflexión sobre el mismo.

El recurso de revisión no es auténticamente un recurso, puesto que se plantea y tramita una vez que el proceso ha terminado, justificándose como un instrumento extraordinario de rescisión de las sentencias firmes que, atacando la cosa juzgada por razones de justicia, pretende articular un equilibrio entre los principios básicos de todo ordenamiento jurídico: el principio de seguridad jurídica y el principio de justicia material. Así se recogió por el propio Tribunal Constitucional español que en su sentencia 124/84 indicaba ya que la revisión supone *“una derogación del principio preclusivo de la cosa juzgada...su existencia se presenta esencialmente como un imperativo de la justicia, configurada por el artículo 1.1 de la Constitución junto con la libertad, la igualdad y el pluralismo político, como uno de los valores superiores que propugna el Estado social y democrático de Derecho...”*.

Debe destacarse que no es su objeto único la restitución final de la justicia, sino que orientado en esta función, ha de saber conciliar un respeto de la seguridad jurídica, como así se deriva de que el artículo 428 de la ley procesal establezca como primera indicación o limitación que sólo son susceptibles de tal proceso de examen las sentencias firmes cuya revisión pueda favorecer al condenado.

Nos encontramos así con una primera y esencial opción legislativa, cual es la de abandono del sistema germánico, en el que la investigación de la verdad material conduce tanto a la revisión a favor como en contra del reo. Se sigue pues el sistema norteamericano y español en el que se establece la imposibilidad de solicitar la rescisión de una sentencia absolutoria (limitación a la revisión in favor rei), sobre la base de primar el valor de la seguridad y certeza propios de la cosa juzgada a la hipotética injusticia que pueda recaer en los casos de indebida absolución.

No obstante, el resto de restricciones del artículo 428 responden ya a la supremacía de la idea de justicia, tasando como motivos de revisión todos aquellos que evidencien de forma plástica y palmaria el error del pronunciamiento judicial y, consecuentemente, la inmoralidad de la decisión de condena o bien que ponen de manifiesto la inconveniencia de continuar el cumplimiento de la pena en los términos en los que fue definida.

Los motivos legales de impugnación giran así alrededor de cuatro realidades esenciales distintas:

1. La evidencia de irrealidad del delito atribuido (Art. 428, n° 1 y 4).
2. La justificación de la no participación en el delito del condenado (Art. 428, n° 2).
3. La acreditación de un quebranto grave y definitivo del debido proceso (Art. 428, n° 3 y 5).
4. La modificación de la respuesta penal que los hechos merecen (Art. 428, n° 6 y 7).

Esta misma voluntad de preservar la seguridad jurídica, si bien subordinada a la idea de justicia, es la que orienta la previsión legal en materia de legitimación, haciendo que el artículo 429 restrinja la titularidad del derecho de revisión a quienes por un interés personal como condenados o por una posición de defensa de la legalidad, ambicionan la conciliación del pronunciamiento con el mundo del derecho. Así, por un lado, se reconoce la posibilidad de interesar la revisión al condenado y, en la eventualidad de su muerte, a sus parientes, herederos o encomendados de la rehabilitación de su memoria. Del lado de los veladores del interés general por el respeto de la legalidad, se admite que el recurso de revisión pueda ser interpuesto por Procurador General de la República, las asociaciones de defensa de derechos humanos o de auxilio penitenciario o postpenitenciario y al propio juez de la ejecución de la pena, con relación a los supuestos en los que se produzca una modificación legal o jurisprudencial aplicable al caso.

En cuanto a la competencia, corresponde a la Cámara Penal de la Suprema Corte de Justicia la tramitación del expediente (art. 431), la decisión sobre la pertinencia y necesidad de la prueba propuesta, así como la práctica de la misma (art. 432), la resolución sobre la situación personal del condenado durante la sustanciación del recurso (art. 433) y su final resolución (art. 434). No obstante, son dos las especialidades que se suscitan:

1. La posibilidad que tiene el tribunal de reforzar la prueba presentada por la parte, con aquella que de oficio se considere o sugiera conveniente (art. 432).
2. El Tribunal podrá adoptar una decisión de anulación de la sentencia que, entrando en el fondo del recurso, resuelva por sí mismo el objeto del proceso penal, o bien optar por la anulación de la valoración de la prueba realizada en su día, ordenando así un nuevo juicio que se caracterizará por no permitirse que el tribunal de instancia pueda reiterar la apreciación de hechos anulada por la Corte Suprema y por no autorizarse tampoco que pueda imponerse pena mayor que la impuesta en la primera sentencia. Ciertamente es que el Código Procesal Penal no indica cuando deberá optarse por una u otra salida, no obstante, ha de concluirse que procederá una decisión sobre el fondo en aquellos supuestos en los que el motivo de anulación conduzca a una decisión única y no sometida a ponderación judicial. Es el caso de la acreditación de inocencia por justificación de vida de la supuesta víctima o por condena de otra persona en sentencia contradictoria, así como en todos aquellos supuestos en los que la modificación legislativa o jurisprudencial, unido al conocimiento de todos los parámetros en los que el tribunal de instancia asentó su decisión, permiten redimensionar el pronunciamiento condenatorio en iguales sustentos que el fallo anulado. Por el contrario, la Suprema Corte deberá optar por el juicio rescidente en todos aquellos supuestos en los que el motivo de la anulación entraña un retroceso en el proceso de decisión que redefine los parámetros que han de ser tenidos en cuenta para adoptar el pronunciamiento de culpabilidad o inocencia, o el juicio de pena. Son supuestos tales como la revelación de hechos nuevos, la declaración de falsedad de la prueba documental o testifical en la que se basó la sentencia o la justificación de que esta fue dictada a consecuencia de prevaricación o corrupción. En todos estos casos una resolución sobre el fondo del asunto por parte de la Suprema Corte de Justicia, hurtaría al encausado de la apreciación de la prueba por parte del Juez o Tribunal inicialmente llamado a juzgar los hechos.

Unidad XI

La Ejecución

Autor

Dr. Pablo Llarena Conde

Contenido

• Atribuciones y Competencias en Materia de Ejecución Penal • Principios en los que se Inspira la Ejecución de las Sentencias • Marco Normativo Supranacional • Suspensión Condicional del Procedimiento • La Suspensión Condicional de la Pena • El Cómputo de la Pena Privada de Libertad • La Unificación de Penas • El Régimen de Cumplimiento de las Penas Privativas de Libertad • Los Incidentes de Ejecución • La Libertad Condicional • La Ejecución de las Medidas de Seguridad • Procedimiento sobre la Ejecución de la Pena de Multa • La Ejecución de las Penas Privativas o Restrictivas de Derecho • La Ejecución de las Penas Accesorias • Las Costas Procesales • La Ejecución de los Pronunciamientos Civiles de la Sentencia

XI.1 Introducción

Una de las innovaciones más importantes del nuevo Código Procesal Penal consiste en la llamada “judicialización” o “jurisdiccionalización” de la ejecución de la pena. No obstante, lo trascendente del cambio legislativo no es que se atribuya a los jueces el tradicional mandato de “hacer ejecutar lo juzgado”, sino la obligación del poder judicial de velar, no sólo porque la pena se oriente y ajuste a sus fines constitucionales, sino porque el cumplimiento de las privaciones de libertad tenga lugar con sujeción al régimen jurídico legalmente establecido. Se configura así el poder judicial como el poder que ha de juzgar y ejecutar lo juzgado, con una función garante de los derechos de los encarcelados ante la actuación de la administración penitenciaria.

Así se recoge en el propio artículo 28 del Código Procesal Penal, el cual establece que: “La ejecución de la pena se realiza bajo control judicial y el condenado puede ejercer siempre todos los derechos y facultades que le reconocen las leyes. El Estado garantiza condiciones mínimas de habitabilidad en los centros penitenciarios y provee los medios que permiten, mediante la aplicación de un sistema progresivo de ejecución penal, la reinserción social del condenado”.

XI.2 Atribuciones y competencias en materia de ejecución penal

Si el artículo 28 del Código Procesal Penal encomienda al poder judicial el control de las condiciones de cumplimiento de la pena, el artículo 69 del mismo texto dispositivo crea el órgano judicial que se encargará de tal función, fijando entre los órganos judiciales penales al Juez de Ejecución Penal y definiendo en el artículo 74 las que serán sus atribuciones y competencias, al indicar que “*Los jueces de ejecución penal tienen a su cargo el control de la ejecución de las sentencias, de la suspensión condicional del procedimiento, de la sustanciación y resolución de todas las cuestiones que se planteen sobre la ejecución de la condena*”.

Así pues, la actuación del órgano judicial descansa sobre la existencia de una sentencia penal condenatoria que goce de los efectos de la cosa juzgada y tenga el carácter de firme. Respecto a esta sentencia, al juez de ejecución le corresponderá: 1) el control de su suspensión condicional (art. 42 del CPP); 2) el control de su ejecución (Art. 437 del CPP) y 3) la sustanciación y resolución de cuantas cuestiones se planteen con ocasión de la ejecución de la condena (art. 438 del CPP).

Esta indicación de atribuciones que se recoge en el artículo 74 es, sin embargo, escueta y su sola lectura sugiere que la función judicial que se encomienda va mucho más allá de la parca mención legislativa; no obstante, el artículo permite al legislador apuntar ya cual será la total competencia del órgano jurisdiccional que debatimos. Una competencia que configura la naturaleza mixta del órgano judicial, pues en la mayor parte de sus actuaciones funcionará como órgano auténticamente jurisdiccional integrado en la Jurisdicción ordinaria (liquidación de penas, refundición, mandamientos de cumplimiento, etc), si bien habrá otros en los que su actuación no pueda calificarse de jurisdiccional, siendo una labor meramente administrativa, como por

ejemplo en los casos de visitas a los centros penitenciarios o con relación a las propuestas de organización que puede dirigir a la administración penitenciaria o incluso en el control de las relaciones administrativas penitenciarias de sujeción del interno con la administración.

Esta naturaleza mixta no impide que en el ámbito de la ejecución de la pena deban intervenir numerosos órganos administrativos que prestarán su apoyo a la labor –bien jurisdiccional, bien administrativa- del órgano judicial. La administración penitenciaria, el registro de penados, los registros de tráfico, el registro de armas, los de licencias o el propio registro civil, son sólo algunos de los órganos que se subordinan a las órdenes que en su funcionamiento pueda dar el juez de ejecución.

XI.3 Principios en los que se inspira la ejecución de sentencias

Particularmente importante es tener presente que la función del juez de ejecución no debe limitarse a una actuación literalmente ajustada a los artículos del Código Procesal Penal, sino que ha de responder a las exigencias legales básicas en las que se asienta la finalidad penológica moderna e interpretarse conforme con los principios en los que se inspira, siendo estos principios en los que se asienta la ejecución de sentencias los siguientes:

a. Principio de legalidad:

El principio viene consagrado en el artículo 5 del Código Procesal Penal que indica que: “Los jueces sólo están vinculados a la ley” y en el propio artículo 7 del Código Procesal Penal, al establecer que: “nadie puede ser sometido a proceso penal sin la existencia de ley previa al hecho imputado. Este principio rige además en todo lo concerniente a la ejecución de la pena o medida de seguridad ordenada por los tribunales”. *Al tiempo, el artículo 436 establece que: “el condenado goza de todos los derechos y facultades que le reconocen la Constitución, los tratados internacionales, las leyes y este código, y no puede aplicársele mayores restricciones que las que expresamente dispone la sentencia irrevocable y la ley”.* La exigencia de que la ejecución de sentencias se lleve con sujeción a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico, entraña además la obligación que tendrá el Juez de Ejecución de decretar la nulidad de lo actuado con vulneración de la legalidad, siempre y cuando se haya producido indefensión, y siempre que no proceda la subsanación; preservando, eso sí, en todo caso la invariabilidad de la cosa juzgada.

b. Principio de inmodificabilidad

Este principio, llamado también principio de invariabilidad, entraña que una vez firmado el fallo no podrá ser modificado fuera de los cauces legalmente establecidos, pues de lo contrario atenta contra el principio de la cosa juzgada y contra la seguridad jurídica, vulnerando así el derecho a la tutela judicial efectiva¹.

¹ STCE 34/93, de 8 de febrero, establece: “La inmutabilidad de las sentencias integra el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva, de modo que si el órgano judicial modifica la parte dispositiva de una sentencia, fuera del cauce del correspondiente recurso, vulneraría ese derecho fundamental del justiciable, puesto que, si se permitiera reabrir un proceso ya resuelto por

c. Principio de efectividad

Es consecuencia del anterior, entrañando que las sentencias hayan de ejecutarse en sus propios términos y tengan plena fuerza ejecutiva para lograr su cumplimiento.²

d. Principio de identidad entre lo ejecutado y lo resuelto

Que la sentencia firme haya de ser ejecutada en sus propios términos no puede ser entendido como una ejecución literal en aquellos casos en los que tal cumplimiento desnaturalice o contradiga el alcance y naturaleza de la decisión que trata de ejecutarse. Esto no es impedimento para que en ocasiones existan sustitutivos de la inicial literalidad del fallo, como sería el caso de la responsabilidad personal subsidiaria o sustitución de penas.

e. Principio de celeridad

Consecuencia del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, surge el principio de celeridad en la ejecución del pronunciamiento judicial. Un principio que no se recoge de forma explícita respecto a la ejecución de la sentencia, pero que es coherente con el control de la duración máxima del proceso que el Código Procesal Penal recoge y con el diligente funcionamiento que impone el propio artículo 438 del CPP al indicar: *“Desde el momento en que ella (la sentencia condenatoria) es irrevocable, se ordenan las comunicaciones e inscripciones correspondientes y el secretario del juez o tribunal que la dictó remite la sentencia al juez de la ejecución para que proceda según este título”*.

f. Principio de oficialidad

El impulso para la ejecución de la resolución judicial condenatoria y firme corresponde al propio tribunal que la dictó, sin necesidad de que sea interesado por el ministerio fiscal o alguna de las partes que intervinieron en el proceso (art. 438.2 CPP)

g. Principio de reeducación y reinserción

Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad han de estar orientadas a la reeducación y reinserción social del condenado (art. 3 CD y art. 10.3 del PIDCP). No obstante, del mandato recogido en estos artículos no se derivan concretos derechos subjetivos en favor del penado, sino que comportan un compromiso del legislador de orientar su política penal y penitenciaria hacia la consecución de tales fines.³

Sentencia firme, la protección judicial de los derechos e intereses legítimos carecería de efectividad. De este modo, el derecho fundamental que establece el artículo 24.1 CE actúa como límite que impide a los tribunales revisar las Sentencias y demás resoluciones firmes al margen de los supuestos taxativamente previsto por la ley, incluso en la hipótesis de que con posterioridad entendieran que la decisión jurisdiccional no se ajusta a la legalidad”.

2 STCE 247/93 establece: “...La ejecución de las sentencias en sus propios términos forma parte, en efecto, del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de los Jueces y Tribunales, ya que, en caso contrario, las decisiones judiciales y los derechos que en las mismas se reconozcan o declaren no serían otra cosa que meras declaraciones de intenciones sin alcance práctico ni efectividad alguna... El contenido principal del derecho consiste, pues, en que esa prestación jurisdiccional sea respetuosa con lo fallado y enérgica, si fuera preciso, frente a su eventual contradicción por terceros”.

3 La STCE 143/96, estableció que “la doctrina constitucional... no ha configurado... los criterios que han de orientar las penas y

XI.4 Marco normativo supranacional

Si decíamos que la función del juez de ejecución no ha de limitarse a una actuación literalmente ajustada a los artículos del Código Procesal Penal, sino que ha de orientar su actuación a las exigencias marco superiores, debe indicarse que estas exigencias no sólo se definen mediante los indicados principios inspiradores, sino a través de una serie de normas básicas en las que se ha apoyado la propia regulación procesal que ahora estudiamos, de suerte que precisamente el artículo 436 del CPP venga a decir expresamente que *“el condenado goza de todos los derechos y facultades que le reconocen la Constitución, los tratados internacionales, las leyes y este código...”*.

Entre esta normativa internacional marco debe destacarse:

- a. El artículo 5 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948, que preceptúa que *“nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes”*.
- b. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 16 de diciembre de 1966, que establece que:
 1. Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos (art. 7).
 2. Nadie estará sometido a esclavitud. La esclavitud y la trata de esclavos estarán prohibidas en todas sus formas (Art. 8.1).
 3. Nadie será constreñido a ejecutar un trabajo forzoso u obligatorio (Art. 8.3)

El inciso precedente no podrá ser interpretado en el sentido de que prohíbe, en los países en los cuales ciertos delitos pueden ser castigados con la pena de prisión acompañada de trabajos forzados, el cumplimiento de una pena de trabajos forzados impuesta por un tribunal competente.

- Toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano (Art. 10.1).
 - El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados. Los menores delincuentes estarán separados de los adultos y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su edad y condición jurídica (Art. 10.3).
- c. La Convención Americana sobre Derechos Humanos, de 22 de noviembre de 1969, que establece que:

medidas de seguridad como un derecho fundamental sino como un derecho fundamental del constituyente al legislador para orientar la política penal y penitenciaria, mandato del que no se derivan derechos subjetivos (STCE 2/87, 28/88).”

- Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.

Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.

La pena no puede trascender de la persona del delincuente...

Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados (art. 5).

- Nadie puede ser sometido a esclavitud o servidumbre, y tanto éstas, como la trata de esclavos y la trata de mujeres están prohibidas en todas sus formas.

Nadie debe ser constreñido a ejecutar un trabajo forzoso u obligatorio. En los países donde ciertos delitos tengan señalada pena privativa de la libertad acompañada de trabajos forzados, esta disposición no podrá ser interpretada en el sentido de que prohíbe el cumplimiento de dicha pena impuesta por juez o tribunal competente. El trabajo forzoso no debe afectar a la dignidad ni a la capacidad física e intelectual del recluso.

No constituyen trabajo forzoso u obligatorio, para los efectos de este artículo... los trabajos o servicios que se exijan normalmente de una persona reclusa en cumplimiento de una sentencia o resolución formal dictada por la autoridad judicial competente.

Tales trabajos o servicios deberán realizarse bajo la vigilancia y control de las autoridades públicas, y los individuos que los efectúen no serán puestos a disposición de particulares, compañías o personas jurídicas de carácter privado (Art. 6).

- Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales (Art. 25).
- d.** La Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 39/46, de 10 de diciembre de 1984.
- e.** Las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos, adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663C (XXIV) de 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977.
- f.** Las Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de libertad (45/110. Reglas de Tokio).

XI.5 Suspensión condicional del procedimiento

Caso: Sobre la suspensión condicional.

Objetivo Formativo: Tiene por objeto analizar el objeto de vigilancia con relación a la suspensión condicional del procedimiento, así como los distintos instrumentos con los que puede contar el juez de la ejecución y la manera de construir su mandato para un control permanente y efectivo.

Descripción de supuestos fácticos: Ante una permanente e ilegal actitud de acoso a Marta, a Henry se le ha suspendido provisionalmente el procedimiento de depuración de su responsabilidad penal, imponiéndole la obligación de pagar a Marta la cantidad de 25.000 pesos –habiéndose convenido que lo pagará en los cinco primeros meses en pagos de 5.000 pesos-, y fijándose la observancia durante dos años de las siguientes reglas: La prohibición de visitar el domicilio, lugar de trabajo y barrio de Santo Domingo en el que vive Marta.

Abstenerse de hablar con Marta o su familia.

Abstenerse de abusar de bebidas alcohólicas.

Abstenerse de portar armas.

Trabajar en un centro de protección y asistencia a mujeres maltratadas por un tiempo de 150 horas.

XI.5.1 Las competencias del juez de ejecución con relación a la suspensión condicional del procedimiento

Entre las funciones atribuidas al juez de ejecución penal, como no puede ser de otro modo, se encuentra la realización de todas las actuaciones encaminadas a llevar a término la totalidad de los pronunciamientos condenatorios que han puesto fin al proceso penal; siendo intrínseca a esta competencia la resolución de cuantos incidentes puedan acontecer durante este cumplimiento.

No obstante, de manera excepcional, el Código Procesal Penal impone al Juez de Ejecución la función de velar por el cumplimiento de una decisión judicial que, no habiendo agotado el ejercicio de la acción penal, si tiene una particular trascendencia; me refiero a la función de control respecto a la suspensión condicional del procedimiento. La atribución es una excepción al principio de que sólo es ejecutable la sentencia irrevocable de condena, estando recogida la excepción tanto en el artículo 74 del CPP⁴, cuanto en el párrafo último del artículo 437 del

⁴ El artículo 74 del CPP dispone que: "Los jueces de ejecución penal tienen a su cargo el control de la ejecución de las sentencias, de la suspensión condicional del procedimiento, de la sustanciación y resolución de todas las cuestiones que se planteen sobre la ejecución de la condena".

mismo texto legal, al indicar que el juez de ejecución: *“también controla el cumplimiento de las condiciones impuestas en la suspensión condicional del procedimiento”*.

La razón de la atribución se encuentra en que la suspensión del procedimiento se supedita a alcanzar los objetivos concretos de prevención especial que la inspiran, justificando así que la administración de justicia racionalice sus recursos materiales y humanos para abordar de manera seria y rigurosa el control del grado de cumplimiento de las condiciones de la suspensión. Se aprovecha para ello los instrumentos y medios con los que contará el juez de ejecución para la realización de sus fines propios y se descarga al tiempo de ese control a órganos judiciales cuya función jurisdiccional es meramente resolutoria.

En cualquier caso, debe destacarse que el Juez de Ejecución en modo alguno tiene atribuida competencia para la revocación del beneficio de suspensión del proceso cuando entienda que se han quebrantado o incumplido las condiciones fijadas en su día. Las funciones del Juez de Ejecución Penal se limitan al control de su cumplimiento y esta previsión legal es recogida íntegramente por la Suprema Corte de Justicia que, en su Resolución 296/2005, fija como atribución del Juez de Ejecución (Atribución D) la de *“controlar el cumplimiento de las condiciones impuestas al imputado en la suspensión condicional del procedimiento. . . , a los fines de que el juez competente dicte el auto para su revocación o la declaración de la extinción de la acción penal”*⁵.

XI.5.2 Objeto de control

La primera cuestión que se plantea con relación a esta atribución legal es la de cual ha de ser el objeto de control del juez de ejecución.

El artículo 437 del CPP impone al juez de ejecución el control del *“cumplimiento de las condiciones impuestas”*. La interpretación de este precepto planteará la duda práctica de si su supervisión se ha de limitar a vislumbrar el grado de cumplimiento de las reglas fijadas en el artículo 41, dejando al Juez de la Instrucción el control relativo al cumplimiento por el inculpado del acuerdo de reparación de la víctima (art. 40 del CPP) y de la comisión de nuevos delitos (art. 42); o si por el contrario será el juez de ejecución el que abordará el control global.

Nada indica la ley, no obstante, el principio de concentración de funciones y la propia delegación de las misiones de control, parecen sugerir esta última tesis, como así recoge implícitamente la resolución 296/2005 de la Suprema Corte, que en su Regla XIII.3 dispone que corresponde al juez de ejecución *“recibir los informes sobre el cumplimiento de las obligaciones asumidas por el imputado. . . ”*. Y *“Transmitir al juez de la instrucción competente los informes para la revocación de la suspensión condicional del procedimiento, en caso de incumplimiento por el condenado o condenada de las condiciones asumidas. . . ”*.

5 Nada aporta la Resolución de la Suprema Corte a lo que el propio CPP definía, pues el artículo 437 indica que el Juez de Ejecución: *“También controla el cumplimiento de las condiciones impuestas en la suspensión condicional del procedimiento, según los informes recibidos y, en su caso, los trasmite al juez competente para su revocación o para la declaración de la extinción de la acción penal”*.

La clara referencia a “obligaciones asumidas” pone en evidencia que el objeto de control no será exclusivamente las impuestas reglas del artículo 41, sino que alcanzará también a comprobar si el inculpado cumple con el acuerdo de reparación de la víctima que hubiere suscrito (art. 40 del CPP) y si respeta la no reincidencia que resulta implícita conforme con el artículo 42 del CPP.

XI.5.3 Instrumentos de control

Definido el objeto de la atribución del juez de la ejecución, la segunda cuestión que se suscita es conocer con qué instrumentos contará para llevar a efecto la supervisión encomendada. A este respecto, el código procesal penal se limita a afirmar (artículo 437) *que controlará el cumplimiento de las condiciones impuestas...según los informes recibidos.*

La escueta previsión legal ha sido ya desarrollada en algunos aspectos por el Reglamento 296/2005, que en su Regla XIII afirma que corresponde al juez de la ejecución *“recibir los informes sobre el cumplimiento de las obligaciones asumidas por el imputado o imputada, para lo que se asistirá de un personal especializado”.*

Quiere eso decir que el juez de ejecución no sólo contará con los informes que puedan confeccionar los cuerpos y fuerzas de seguridad del estado y con aquellos otros que puedan serle remitidos por los organismos públicos o entidades que en su funcionamiento ordinario entren en contacto con el inculpado, sino que podrá organizarse una oficina judicial que cuente entre sus recursos humanos con funcionarios que, dependiendo directamente de la autoridad del juez de ejecución, tengan como misión el seguimiento personal y directo del grado de cumplimiento de las exigencias impuestas por el Juez de la Instrucción.

XI.5.4 Régimen de Control

La previsión reglamentaria pone de relieve además cuál ha de ser la dinámica de este control.

No debe el juez de ejecución limitarse a la recepción pasiva de los informes que puedan llegar a generarse. Un control de ejecución limitado a la recepción de la denuncia de aquellos a los que les conste el incumplimiento de las condiciones impuestas, no sólo supondría un control meramente formal o aparente, sino que haría absolutamente inútil que la función se encomiende a un juez distinto del Juez de la Instrucción y resultaría contradictorio con la voluntad de la Corte Suprema de que exista un personal judicial especializado para la emisión de los informes.

La construcción legal se orienta a que el juez de ejecución asuma un control activo, único que resulta coherente con el interés público que justificó el sacrificio de la acción penal; de forma que la función principal del juez de ejecución será interesar y recabar de forma lógica los informes de cumplimiento de las condiciones, estructurando su emisión tanto en lo relativo a las parcelas concretas que deben indagarse, cuanto al momento o periodicidad con que habrán de abordarse, siendo evidente que lo que habrá de investigarse no solo son los eventuales incumplimientos sino, en la medida que sea posible, los supuestos de observancia, pues sólo el contraste entre observancia y rebeldía permite ponderar si las condiciones fueron esencialmente cumplidas o no, a los efectos de la revocación del beneficio (art. 42 CPP).

Cuestión distinta es si el juez de ejecución debe limitarse a indagar el grado de cumplimiento de las condiciones impuestas o, por el contrario, si está facultado para adoptar decisiones orientadas

a impedir que el imputado pueda hacer aquello que le resultó prohibido. La segunda de las posturas facultaría al juez de ejecución a ordenar, por ejemplo, la retirada de pasaporte que asegure la prohibición de viajar al extranjero o la intervención del arma cuya tenencia o porte resultó proscrita. No obstante, la suspensión condicional del procedimiento es una suspensión que supedita el ejercicio de la acción penal a que el comportamiento voluntario y libre del inculpado respete de manera reforzada determinados deberes íntimamente relacionados con la acción delictiva que se le atribuye o especialmente sensibles a la seguridad colectiva que se pone en riesgo al suspender el procedimiento; de suerte que sólo el análisis del comportamiento libre permite establecer el pronóstico de futuro que justifica la institución, haciendo con ello que la actuación judicial de ejecución de la decisión de suspensión condicional se haya de limitar al control del comportamiento, sin restringir la posibilidad de movimientos del obligado. Así se deriva del propio 41 del CPP, que define al periodo de suspensión condicional del procedimiento como un periodo de prueba⁶, y de forma más evidente en la Regla XIII de la Resolución 296/2005 de la Suprema Corte, que en su punto 2.b establece que el Juez dicta *"la orden de control del período de prueba impuesto para la suspensión condicional del procedimiento..."*, y que en su punto 3 limita la actuación del juez a la recepción de los informes sobre el cumplimiento de las obligaciones por parte del inculpado y a su eventual traslado al Juez de Instrucción que suspendió el proceso. Reconocer la posibilidad de restringir de forma compulsiva la libertad de actuación del individuo, aproximaría la condición al régimen jurídico de la pena, lo que resulta una equiparación inabordable⁷.

XI.5.5 Procedimiento

a. Remisión por el Juzgado Instructor

Nada dice el Código Procesal Penal respecto a la manera en la que el juez de ejecución ha de llevar el control que se le encomienda. Es esta una cuestión que ha sido definida en sus niveles más básicos por el Reglamento del Juez de la Ejecución aprobado por Resolución 296/2005. El Reglamento, en su Regla XIII.2, establece que una vez acordada la suspensión condicional del procedimiento por el Juez de Instrucción, su secretaría remitirá de manera inmediata la decisión al juez de ejecución. Decisión que habrá de contener los elementos básicos que afectan a la función encomendada al Juez de Ejecución, esto es:

- Las reglas del artículo 41 a las que está sujeto el imputado, así como (conforme a lo indicado anteriormente) el compromiso de reparación acordado con la víctima.
- El plazo de prueba establecido (que irá entre uno y tres años conforme con el artículo 41 del CPP).

b. El auto ordenando el seguimiento:

I. Inscripción o registro

6 El artículo 41 del CPP dispone que "el Juez, al decidir sobre la suspensión, fija el plazo de prueba... y establece las reglas a las que queda sujeto el imputado".

7 En este sentido resulta inadecuada la referencia a "condenado" que hace la propia Resolución 296/2005 al indicar en su regla XIII.3.b que corresponde al juez de la ejecución: "transmitir al juez de la instrucción competente los informes para la revocación de la suspensión condicional del procedimiento, en caso de incumplimiento por el condenado o condenada de las condiciones asumidas".

A partir de la recepción, el juez de ejecución deberá inscribir la ejecutoria en un libro especializado que deberá abrirse a tales efectos. No obstante, el propio reglamento define que la inscripción habrá de hacerse con idéntico número con el que el expediente hubiere sido identificado en el juzgado (el reglamento habla indebidamente de tribunal) de procedencia. Nada se indica si el registro será individual de cada juzgado o existirá un registro central único. La opción por este último determinará un único lugar al que comunicar cualquier condena y desde el que se alertará a los distintos Jueces de Ejecución que tengan registrados procesos de control contra el condenado.

2. Motivación

A partir de ese momento, el reglamento sólo especifica la necesidad de que el juez de ejecución dicte, mediante auto motivado, la orden de control del período de prueba impuesto. Ciertamente, siendo como es que las condiciones habrán sido fijadas por el juez de instrucción, la exigencia específica de motivación no se acierta a comprender, pues ni la decisión judicial de ejecución restringe de manera novedosa el ámbito de actuación individual, ni se acierta a encontrar qué extremos de su decisión exigen exteriorizar el criterio del juez de ejecución, visto que sus decisiones de control parecerán explicarse por sí mismas cuando sean puestas en relación con las condiciones impuestas en su día al inculpado y con el plazo de observancia que se fijó.

3. Notificación

El reglamento impone además que el auto sea notificado al ministerio fiscal, al querellante y al actor civil.

La notificación habilitará a la interposición del recurso de oposición conforme con las normas generales del Código Procesal Penal, no obstante, la cuestión que se suscitará es la de si dicha resolución ha de ser notificada o no al afectado. El hecho de que de la decisión del Juez de Ejecución no se deriven restricciones de actuación del encausado, sino que estas se asienten en el auto del instructor concediendo la suspensión (que si que le fue notificado), y la operatividad real del sistema de control, determina que sea lógica la implícita exclusión del afectado respecto de la notificación de la resolución en la que se definen los sistemas que se emplearán para abordar el control de su comportamiento futuro.

4. Contenido

Respecto al contenido del auto, vendrá referido –como se ha visto- al control de la observancia de las condiciones referidas en el artículo 41; esto es: 1º) obligación de residir en un determinado lugar o de someterse a la vigilancia que señale el juez; 2º) abstenerse de visitar ciertos lugares o personas; 3º) abstenerse de viajar al extranjero; 4º) abstenerse del abuso de bebidas alcohólicas; 5º) obligación de aprender una profesión u oficio o seguir cursos de capacitación o formación indicados en la decisión; 6º) obligación de prestar un trabajo de utilidad pública o de interés comunitario en una institución estatal u organización sin fines de lucro, fuera de sus horarios habituales de trabajo remunerado; 7º) prohibición de portar o tener armas o 8º) abstenerse de conducir vehículos de motor fuera del trabajo, en los casos en que el hecho que se atribuye se relaciona con una violación a las reglas relativas al tránsito de vehículos.

Ello determinará la necesidad de remitir oficios a aquellos organismos o entidades a través de las cuales puede llegar a percibirse el incumplimiento de las obligaciones impuestas. En tales oficios será fundamental indicar a los requeridos que su deber se limita a informar de la trasgresión, sin pretender impedir la actuación proscrita, y que la emisión de un informe de denuncia no excusará de mantener posteriormente el control y de perseverar en los informes; todo ello dejando siempre a salvo los derechos superiores de aquellos otros que pueden resultar afectados. La duración de la condición, el número de infracciones cometidas y el nivel de riesgo de cada quebrantamiento, son los parámetros que orientarán al juez a la hora de indicar la frecuencia del control –en su caso- y el tiempo durante el cual ha de ser desplegado. Lógicamente, habrá actividades que no podrán ser objeto de control y otras que sólo resultarán controlables mediante seguimiento policial o por los funcionarios especializados adscritos a la oficina judicial.

5. Los Informes

Dispone el reglamento que los informes han de ser remitidos al juez de la instrucción, siendo varias las cuestiones que se suscitan:

- Respecto al momento de remisión de los informes, deben destacarse dos realidades:
 - a. En la eventualidad de la recepción de un informe de incumplimiento: No existe precepto ninguno que indique que la revocación haya de hacerse necesariamente a la culminación del periodo de observancia, antes al contrario, no tendría sentido la imposición de su revocación cuando el incumplimiento es de tal entidad que muestre improcedente el beneficio. En tal sentido se justifica que cualquier incumplimiento sea transmitido de manera inmediata al juez de la instrucción y, por este, al ministerio fiscal, para que pueda iniciarse –si se considera de suficiente intensidad- el trámite tendente a la revocación indicado en el artículo 42 del CPP, que establece que: *“si en forma considerable e injustificada, el imputado se aparta de las condiciones impuestas, comete una nueva infracción o incumple con los acuerdos sobre la reparación, el juez, a solicitud del ministerio público, puede ordenar en audiencia, mediante decisión motivada, la revocación de la suspensión condicional y la reanudación del procedimiento.*
 - b. En todo caso: A la terminación del periodo de observación el juez de ejecución habría de remitir copia del expediente al Juez de la Instrucción, de suerte que pudiera analizarse de modo global el grado de control de la condición y la entidad y justificación de los eventuales incumplimientos. Así parece derivarse de la Regla XIII.3.b del Reglamento, que establece que la remisión de informes...*para la revocación de la suspensión condicional del procedimiento en caso de incumplimiento por el condenado...o para la declaración de la extinción de la acción penal, según proceda”.*
- Respecto a la necesidad de que los expedientes finales deban o puedan ir acompañados de una valoración del juez de ejecución.

Debe apostarse por que la valoración sea abordada por la acusación, tal y como el artículo 42 del CPP propugna, no obstante, el hecho de que la observación haya tenido lugar a espaldas del encausado y la circunstancia de que la fuerza indicativa del informe pueda verse alterada por las circunstancias en las que se produjo, imponen que el informe o informes que se remitan, vayan siempre acompañados de la información contextual que permita a la partes defender la

intensidad, virtualidad o inoperatividad del indicio respecto de la suspensión del beneficio o de la declaración de extinción de la acción penal.

En cualquier caso, debe repararse en que tales informes finales habrán de ser remitidos con una antelación tal que permita la tramitación y revisión total del periodo, antes de que venza el tiempo de la condición, a fin de que el análisis de cumplimiento no resulte vacío por una extinción automática de la acción penal, toda vez que el artículo 44.7 del CPP dispone esta extinción al momento del vencimiento del plazo de suspensión condicional, sin que haya mediado revocación.

6. La Revocación

El hecho de que la revocación corresponda al juez de instrucción, y la circunstancia de que la revocación de la suspensión condicional del procedimiento sea facultativa, determina que sea absolutamente necesario que el juez de instrucción comunique la decisión de revocación de la suspensión condicional del procedimiento al juez de ejecución de penas, a fin de que este cierre el procedimiento de control abierto en su día, anotando el cierre en el registro de los de su clase y liberando del seguimiento y sus correlativos informes a los organismos y entidades empeñados en la vigilancia.

Por otro lado, el que la comisión de un nuevo delito pueda ser causa de revocación y la circunstancia de que no se entenderá cometido el nuevo delito hasta que sea firme la sentencia de condena, plantea el problema de si esta condena puede desplegar su eficacia cuando derive de hechos cometidos durante el periodo de suspensión condicional, pero haya ganado firmeza tras el vencimiento del plazo de la suspensión.

XI.5.6 El perdón judicial

El reglamento del juez de ejecución penal dedica su Regla XV a las atribuciones que tendrá este órgano judicial en relación al Perdón Judicial regulado en el artículo 340 del CPP. La previsión, sin embargo, parece una de las menos acertadas del Reglamento.

El artículo 340 del CPP dispone que: *“En caso de circunstancias extraordinarias de atenuación el tribunal puede eximir de pena o reducirla incluso por debajo del mínimo legal, siempre que la pena imponible no supere los diez años de prisión”*. A este respecto, el reglamento dispone un doble régimen jurídico:

- a. En aquellos supuestos en los que el perdón judicial exima totalmente de la pena, el reglamento dispone que se excluya de ejecutoriedad ante el juez de la ejecución. La previsión nada aporta, pues nada hay que ejecutar cuando el tribunal liberó de sanción y siendo como es que la ejecución de las eventuales responsabilidades civiles corresponde a la jurisdicción civil (art. 448 del CPP); pese a ello, la disposición reglamentaria se muestra imprecisa, pues cabrá sin embargo la ejecución de la sentencia con relación a las costas procesales que no sean voluntariamente abonadas.
- b. En aquellos supuestos en los que el perdón judicial se limite a minorar la extensión de la pena procedente o a eximir totalmente de una, pero manteniendo otros pro-

nunciamentos de condena (reducción de pena al decir del reglamento), la disposición reguladora de la función de los jueces de ejecución preceptúa que estos habrán de seguir el mismo procedimiento establecido para la suspensión condicional de la pena.

La previsión no se comprende. El perdón judicial se configura como la posibilidad que tiene el tribunal de excluir total o parcialmente la pena que había de corresponder en consideración a las circunstancias de disminución de la culpabilidad concurrentes al momento de la perpetración de los hechos⁸, de suerte que la minoración o exención no viene condicionada por un comportamiento futuro, cuyo seguimiento sí se muestra esencial en los supuestos de suspensión condicional de la pena. En tal sentido, el perdón judicial afectará al título de ejecución –minorándolo en este caso– pero no condiciona la manera de su cumplimiento, que habrá de seguir el modo normal de ejecución.

XI.6 La suspensión condicional de la pena

XI.6.1 Introducción

El artículo 341 del CPP posibilita que el tribunal pueda suspender –total o parcialmente– la ejecución de la pena impuesta. Se configura así la suspensión condicional como una suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad durante un determinado plazo, en el cual el delincuente primario queda sometido a prueba, teniendo por remitida y extinguida la condena si no vuelve a delinquir durante el plazo de la suspensión.

El artículo 74 del CPP no recoge competencia ninguna del juez de ejecución sobre esta materia, no obstante, el artículo 341 dispone que en los supuestos de suspensión condicional de la pena, se aplicarán las reglas de la suspensión condicional del procedimiento. La remisión a estas reglas es la que atribuye al juez de ejecución la competencia para controlar el grado de cumplimiento de las condiciones respecto de cuya observancia se supeditó la suspensión y determina que la Suprema Corte introdujera una Regla XIV en la que se define el modo en el que el Juez de Ejecución debe abordar su ejecución y control.

Así pues, en los supuestos de suspensión condicional de la pena, la competencia del juez de ejecución respecto de los extremos de la sentencia que han de ser llevados a efecto viene recogida en el artículo 74 y 437 del CPP y su competencia para controlar la observancia de las condiciones de las que se hizo depender la suspensión –total o parcial– de la pena, se asienta en el artículo 341 del CPP y en la Regla XIV del Reglamento del Juez de Ejecución.

8 Las razones en las que puede asentarse este perdón judicial son, en consideración al propio artículo 340: "1. La participación mínima del imputado durante la comisión de la infracción; 2. La provocación del incidente por parte de la víctima o de otras personas; 3. La ocurrencia de la infracción en circunstancias poco usuales; 4. La participación del imputado en la comisión de la infracción bajo coacción, sin llegar a constituir una excusa legal absolutoria; 5. El grado de insignificancia social del daño provocado; 6. El error del imputado en relación al objeto de la infracción o debido a su creencia de que su actuación era legal o permitida; 7. La actuación del imputado motivada en el deseo de proveer las necesidades básicas de su familia o de sí mismo; 8. El sufrimiento de un grave daño físico o psíquico del imputado en ocasión de la comisión de la infracción; 9. El grado de aceptación social del hecho cometido".

XI.6.2 Requisitos de la suspensión condicional

Si bien la concesión del beneficio corresponde al Juez o Tribunal de juicio (art. 341 CPP, en relación con la regla XIV del Reglamento 296/2005), es conveniente destacar aquí los requisitos de los que se hace depender legalmente la suspensión:

- **Objetivos:**

1. *Que la pena que se trata de suspender sea una pena privativa de libertad, quedando excluidas de suspensión condicional aquellas que gozan de distinta naturaleza. Responde así la institución a la consideración de que la prisión puede presentar –en ocasiones– aspectos inoperantes, tanto desde el punto de vista de la prevención general, como de la reeducación del penado.*
2. *Que la condena conlleve pena privativa de libertad igual o inferior a cinco años. Ello supone:*
 - a. que la consideración ha de ser respecto de la pena impuesta y no de la prevista en el código.
 - b. que quedan excluidas –aun de suspensión parcial– las penas de más de cinco años impuestas por cualquier delito (criterio de gravedad de los hechos).
 - c. que quedan también excluidas aquellas sentencias en las que por conjunción de delitos, lleguen a imponerse diversas penas que acumuladas sobrepasen los cinco años de prisión (criterio de peligrosidad del condenado).

- **Subjetivos:**

3. *Que el condenado no hubiere sido condenado penalmente con anterioridad. A estos efectos no se considerarán los delitos de los que hubiere sido rehabilitado⁹ o amnistiado¹⁰.*
4. *Que el condenado acepte las condiciones impuestas. Estas condiciones no serán otras que las recogidas en el artículo 40 y ss. para la suspensión condicional del procedimiento y entre ellas, claro está, la de reparación de la víctima o el acuerdo firmado con esta de reparación.*

- **Procesales:**

5. *Se plantea la cuestión de la oficialidad en la adopción de esta decisión. La redacción del*

9 El artículo 143 del proyecto actual de CP establece que toda persona física ya condenada, que no ha sufrido nueva condenación a pena criminal o correccional, obtiene su rehabilitación de pleno derecho en las condiciones siguientes: 1. En caso de condenación a las penas de multa o de días-multa, después de un plazo de tres años a partir del día del pago de la multa o del monto global de los días-multa o de la expiración del plazo de encarcelación previsto por el artículo 64, o de la prescripción cumplida. 2. En caso de condenación a una pena de un año de prisión, o a pena diferente a la reclusión, prisión multa o díasmulta; después de un plazo de cinco años, a partir de la ejecución de la pena o de la prescripción cumplida. 3. En caso de condenación a una pena de diez años de prisión, o condenaciones múltiples a pena de prisión cuyo conjunto no exceda de cinco años, después de un periodo de diez años, a contar de la expiración de la pena sufrida o la prescripción cumplida.

10 El artículo 140 del proyecto de CP dispone que la amnistía extingue las condenaciones impuestas. Implica, sin que pueda dar lugar a la restitución, el perdón de todas las penas impuestas; añadiéndose en el artículo 141 que se prohíbe a toda persona que en el ejercicio de sus funciones tenga conocimiento de condenaciones penales, sanciones disciplinarias, prohibiciones, caducidades o incapacidades aniquiladas por la amnistía, aludirlas en un documento o bajo cualquier forma que sea.

CPP no despeja las dudas que pueden surgir al respecto, vislumbrándose que será dual la posición que mantengan los tribunales; no obstante, el hecho de que el artículo 341 remita a las reglas de la suspensión condicional del proceso y la circunstancia de que esta parezca exigir la petición de parte para su concesión (art. 40) y que se imponga explícitamente en cuanto a su revocación (art. 42), son elementos que refuerzan la idea de ser una cuestión sujeta al principio de justicia rogada.

No obstante, siendo la concurrencia de estos requisitos presupuesto inexcusable para la adopción, no son motivo suficiente, toda vez que el artículo 341 configura la suspensión como una facultad a otorgar discrecionalmente por jueces y tribunales. En cualquier caso, es precisamente esta discrecionalidad la que obliga a que tanto la concesión de la suspensión condicional de la pena, como su denegación, hayan de ser motivadas. A este respecto el TCE, en su sentencia 115/97, estableció: *“En aplicación de la doctrina establecida en la STC 224/92, el hecho de que el art. 92.1 del anterior CP, actual 80.1 del CP de 1995, confiriera a los Jueces y Tribunales la facultad de otorgar motivadamente el beneficio de la remisión condicional no significa que su denegación no hubiera de ser igualmente motivada, pues sólo así puede procederse a un control posterior de la misma en evitación de toda posible arbitrariedad”*. Por su parte, la SDCE 55/99 determinaba: *“El carácter discrecional de la decisión judicial a las solicitudes de remisión condicional de las condenas penales (reguladas en el artículo 92 del CP anterior, actual art. 80), no implica que tal decisión no deba ser motivada, motivación que adquiere un singular rigor por afectar al derecho fundamental a la libertad. La única fundamentación, que alude a la facultad del tribunal sentenciador, es claramente insuficiente y no se refiere siquiera al cumplimiento de los requisitos exigibles, por lo que no se alcanzan a comprender las razones determinantes del sentido de la decisión judicial)*. En los mismos términos se expresaba la STCE 164/99, siendo constante la doctrina que establece que la decisión de concesión o denegación habrá de asentarse en el análisis de las razones de prevención general y especial que la hagan adecuada o inoportuna.

XI.6.3 Procedimiento ante el juez de ejecución

El procedimiento ante el juez de ejecución ha sido fijado en la Regla XIV del reglamento 296/2005. En dicha regla se establecen los siguientes pasos:

- 1.** La sentencia en la que se ordena la suspensión condicional de la pena será *remitida inmediatamente al Juez de Ejecución* por la secretaría del juzgado que la hubiere dictado.
- 2.** La sentencia será inscrita *en un libro registro especializado* para los casos de suspensión condicional de la pena, con el mismo número único del expediente del tribunal de procedencia.

La cuestión estriba, como ya ocurrió con relación al registro de suspensiones condicionales del procedimiento, en si debe existir un libro para cada uno de los juzgados de ejecución o uno único para todo el territorio nacional. La operatividad del sistema parece sugerir que el registro ha de ser único, de suerte que toda sentencia condenatoria sea comunicada a los registros de los procesos o condenas suspendidos condicionalmente, de manera que desde ellos pueda dinamizarse la actuación del órgano a quien corresponda la revocación.

1. *Ordenar la ejecutoriedad de la sentencia.* Previsión que descansa precisamente en la consideración de que es la sentencia la que ordena – en su caso- la suspensión condicional de su ejecución, pero que la decisión habrá de pasar por requerir al condenado para que observe desde entonces el comportamiento del que se hace depender el beneficio.
2. *Controlar el cumplimiento de las condiciones impuestas al condenado:* La actividad pasará por vigilar la no perpetración de nuevos delitos, así como el cumplimiento de las condiciones impuestas a la luz del artículo 41 y la observancia del acuerdo de reparación a que hubiera podido llegarse, siendo plenamente aplicable a esta función todo lo expuesto anteriormente respecto al control de la observancia de las condiciones de las que se supeditaba la suspensión cautelar del proceso.

En todo caso, deben destacarse como especialidades las siguientes:

- a. En caso de incumplimiento de las condiciones, la revocación de la suspensión no es obligada y automática. El propio artículo 341 establece que *“la violación de las reglas puede dar lugar a la revocación de la suspensión”*.
- b. En cuanto a la comisión de nuevas infracciones penales:
 - La perpetración de cualquier nueva infracción puede ser motivo de revocación de la suspensión, visto el evidente fracaso del inicial pronóstico de ausencia de peligrosidad criminal emitido por el órgano judicial. No obstante, es obvio que la naturaleza de la infracción –contravención, delito o crimen- y las circunstancias de los hechos, son parámetros que serán tenidos en cuenta por el juez a la hora de revocar o no el beneficio.
 - Solamente la declaración en sentencia firme de la responsabilidad criminal del beneficiario de la suspensión, permite afirmar que se ha cometido la nueva infracción, siendo esta consideración consecuencia inexorable del principio de presunción de inocencia.
 - La condena durante el plazo de suspensión por hechos cometidos con anterioridad a la concesión del beneficio, no es motivo de revocación, pues los impedimentos han de darse al momento de adoptarse la decisión.
 - La condena después del plazo de prueba, por hechos cometidos durante el plazo de la suspensión. En tales supuestos, si bien podría mantenerse la tesis contraria, parece oportuno abogar por el cumplimiento íntegro de la pena suspendida –salvo prescripción de la pena en los términos del artículo 439 del CPP visto que la ratio legis del artículo 341 parece preconizar esta solución y puesto que el propio artículo 341 (a diferencia de lo que establece el artículo 44.7 para la suspensión condicional del proceso) dispone expresamente que *“la violación de las reglas puede dar lugar a la revocación”*, añadiendo que *“(la revocación de la suspensión)... obliga al cumplimiento íntegro de la condena pronunciada”*.
- c. En cuanto a la infracción de las reglas de conducta referidas en el artículo 41:
 - La inobservancia durante el plazo de suspensión de las obligaciones o deberes impuestos por el Juez puede justificar o no la revocación del beneficio, no obstante, lo que el Código

Procesal Penal no faculta, a diferencia de otros ejemplos de derecho comparado, es que el incumplimiento pueda traducirse en otras decisiones judiciales alternativas, tales como la sustitución de la regla de conducta impuesta por otra distinta o la prórroga del plazo de suspensión (lo que sería especialmente operativo en supuestos de incumplimiento al final del término). El hecho de que el código deje la definición de estos extremos al juez de juicio y la falta de cobertura legal para que el juez de ejecución pueda variarlos en los supuestos de incumplimiento, limita la actuación de este a la revocación de la suspensión o a una tolerancia que cuente como precedente en la eventualidad de otra ulterior inobservancia.

d. En lo tocante al incumplimiento del acuerdo de reparación a la víctima:

- Debe considerarse que sólo el incumplimiento culpable puede justificar la revocación del beneficio, siendo como es que el artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que *"nadie será encarcelado por el solo hecho de no poder cumplir una obligación contractual"*.

En la eventualidad de que el incumplimiento justifique la revocación de la suspensión, la decisión de anulación del beneficio –a diferencia de la suspensión condicional del procedimiento– corresponde al propio Juez de Ejecución, siendo esta competencia inherente a su propia obligación de cumplimiento de la sentencia y al hecho de que su suspensión fuera condicionada por la resolución misma a la observancia de las reglas impuestas. En todo caso, la atribución se reconoce explícitamente en la Regla XIV.2.e del Reglamento, que establece que corresponde al juez de ejecución: "...ordenar la revocación de la suspensión, y el cumplimiento íntegro de la condena pronunciada, siguiéndose el procedimiento establecido en el presente reglamento para la ejecución de las penas".

Por el contrario, en la eventualidad de pleno cumplimiento de las condiciones impuestas, la Regla XIV.2.F del Reglamento, dispone que el Juez de ejecución habrá de ordenar la liberación del condenado si se ha cumplido le pena impuesta, parcial o totalmente, según lo establecido en la sentencia condenatoria.

No puede culminarse esta reflexión sin recordar que la resolución del Juez de ejecución relativa a la revocación o no de la suspensión, ha de ser motivada y es susceptible de recurso de apelación en el término de cinco días; si bien, en la eventualidad de que se acuerde la revocación del beneficio y el cumplimiento de la pena inicialmente suspendida, la ejecución deberá iniciarse pese a la impugnación, salvo disposición expresa de la Corte de Apelación (art. 442 del CPP).

XI.6.4 La prescripción de la pena

El hecho de que el artículo 438 del CPP disponga que el juez o tribunal que dicte la sentencia la remitirá al juez de ejecución en cuanto la condena sea irrevocable, determina que haya de ser necesariamente el Juez de ejecución quien deba declarar la prescripción de la pena en los términos fijados en el artículo 439 del CPP, es decir:

- a.** A los diez años en supuestos de penas privativas de libertad superiores a cinco años¹¹.

¹¹ El artículo 135 del proyecto de código penal establece un desarrollo del artículo 439 del CPP, al preceptuar: "Bajo reserva de las disposiciones del artículo 156 de este código, y en adición a las previsiones del artículo 439 del Código Procesal Penal, las

- b. A los cinco años, aquellas penas que privativas de libertad iguales o menores de cinco.
- c. Al año, las penas impuestas por la comisión de contravenciones y penas no privativas de libertad.

Debe tenerse en cuenta que:

- El término inicial del cómputo será (como el propio artículo 439 indica) el de la fecha de pronunciamiento de la sentencia o el del quebrantamiento de la condena.
- La indicación del quebrantamiento como momento inicial de cómputo evidencia que la ejecución interrumpe el plazo de prescripción y que este comenzará a correr de nuevo –es decir, desde cero- cuando la ejecución se paralice.
- El artículo 48 del CP dispone que la prescripción de la pena no releva al condenado de la vigilancia bajo la alta policía a que esté sometido.
- El cómputo no opera en supuestos de cumplimiento sucesivo de penas.
- La declaración de prescripción puede interesarse sin sujeción a formalidad ninguna y –amén de poderse apreciar de oficio- puede ser interesada directamente por el condenado o por cualquier persona a su favor, o a través de autoridad administrativa (vg: penitenciaria).
- La declaración de extinción de pena por prescripción habrá de realizarse por Auto motivado, el cual habrá de ser notificado y es susceptible de recurso de apelación (art. 442)

XI.7 El cómputo de la pena privativa de libertad

El artículo 438 del Código Procesal Penal establece que desde que la sentencia es irrevocable, se ordenan las comunicaciones e inscripciones correspondientes, y el secretario del juez o tribunal sentenciador remitirá la sentencia al juez de la ejecución para que proceda según este título.

XI.7.1 El ingreso en prisión del condenado.

A partir de la recepción en el juzgado de ejecución de la sentencia, si el condenado debe cumplir una pena privativa de libertad, el juez de ejecución procederá en dos maneras:

- a. Si quien ha de cumplir la pena impuesta se encuentra ya ingresado en un centro penitenciario, bien sea por encontrarse en situación de prisión preventiva, bien por estar cumpliendo condena por otra causa, el artículo 438 preceptúa que el juez de ejecución remitirá orden de ejecución del fallo al establecimiento en el que estuviese preso. Dicha orden no será sino un mandamiento en el que, expresando el procedimiento

penas privativas de libertad, iguales o superiores a 10 años prescriben a los 20 años”.

de que se trate y la condena impuesta, el juez de ejecución ordenará que se custodie al condenado en calidad de preso, hasta tanto sea remitida la liquidación de condena correspondiente. Mediante esta orden se prevendrá una equivocada puesta en libertad en la eventualidad que cese la situación de prisión provisional en la que se encuentre, o culminara la pena privativa de libertad que estuviere cumpliendo o le fuera concedido alguno de los permisos a los que nos referiremos posteriormente. Sería lógica la actuación judicial que, al tiempo de remitir el mandamiento, cursara la petición de información que más tarde veremos.

Caso: Sobre el inicio de la ejecución de la pena privativa de libertad.

Objetivo Formativo: Analizar los derechos del penado en el momento del inicio de la ejecutoria.

Descripción de los supuestos fácticos: Pablo ha sido condenado a una pena privativa de libertad de tres años, sin que se le haya concedido la suspensión condicional de la pena. El juez de ejecución ha dictado ya una resolución en la que ordena su busca y captura e ingreso en prisión. Pablo es delincuente primario y, puesto que está casado y en ocho días tendrá lugar la boda de su hija, interesa a su letrado que pida al juzgado que se posponga su ingreso en prisión diez días. El letrado presenta la petición con acreditación documental de lo manifestado, correspondiendo al juez dictar la resolución procedente y ordenar la forma de inicio del cumplimiento.

- b. Si quien ha de cumplir la pena impuesta se encuentra en libertad, el artículo 438 del CPP preceptúa que el juez de ejecución dispondrá lo necesario para su comparecencia o captura. La previsión legal no ha de ser llevada a la práctica de forma automática.
- No es infrecuente que cuando el condenado está en libertad, éste o su representante legal, soliciten el ingreso voluntario en prisión. Este ingreso voluntario, pese a no estar previsto en la ley, resulta conveniente y aconsejable, pues facilita el cumplimiento de la ejecutoria, evita la intervención de la fuerza pública y da una respuesta adecuada al penado y a las relaciones sociales de su entorno. Así pues, en aquellos casos en los que en los primeros momentos de la ejecutoria se solicite el ingreso voluntario del penado, el juez –si no concurre riesgo de demora- se abstendrá de dictar la orden de captura, sustituyéndola por una citación al penado para que comparezca ante el juzgado de ejecución en el día y hora que se convenga. Llegada la fecha y comparecido el condenado, el juzgado le entregará un mandamiento de ingreso en prisión dirigido al director del centro, con la indicación de que le custodie en calidad de preso para el cumplimiento de la pena impuesta que se indicará y sin perjuicio de la liquidación de condena que luego se realice; confirmándose después el real ingreso del condenado en el centro mediante llamada telefónica.

- Si la petición de ingreso voluntario tuviera lugar después de haberse ordenado su captura, no existe tampoco inconveniente –de no haber riesgo de demora- que la misma pueda dejarse sin efecto y reiniciar el procedimiento anterior.
- En todos aquellos supuestos en los que existan razones que desaconsejen supeditar el inicio de la ejecución al libre ingreso del penado, así como en todos los supuestos en los que éste no haya pedido su ingreso voluntario o se encuentre en paradero desconocido, el juez procederá en la forma prevenida en el CPP, esto es, ordenará su busca captura e ingreso en prisión.

XI.7.2 El cómputo o la liquidación de condena

El artículo 440 del CPP dispone que el juez de ejecución revisa el cómputo de la pena dispuesto en la sentencia, tomando en cuenta la privación de libertad sufrida por el imputado desde el día de su arresto.

La previsión entraña dos cosas:

- a. La sentencia condenatoria debe incluir el cómputo de pena.

Surge así la cuestión de en que consiste la acción de computar la pena. Puesto que el artículo 338 del CPP establece que “*la sentencia condenatoria deberá fijar con precisión las penas que correspondan*”, añadiendo el párrafo tercero que “*deberán unificarse las condenas o las penas cuando corresponda*”, puede concluirse que la acción de “*computar la pena*” supondrá la obligación que tiene el tribunal sentenciador de unificar todas ellas en los casos de que se impongan una pluralidad de penas y que estas sean susceptibles de refundición. No obstante, esta fusión penológica resulta incomprensible a la luz del ordenamiento jurídico actual, apreciándose que el Código Procesal Penal está ya adaptado a una voluntad legislativa de reforma en lo sustantivo. En tal sentido, el actual proyecto de Código Penal define que hay concurso cuando una infracción es cometida por una persona antes que ésta haya sido condenada irrevocablemente por otra infracción anterior (art. 90) y su artículo 91 preceptúa que cuando en ocasión de un mismo proceso, la persona perseguida se reconoce culpable de varias infracciones en concurso, cada una de las penas aplicables se impondrá al infractor; si bien añadiendo que si resultan aplicables varias penas de la misma naturaleza, se impondrá una sola pena de esta naturaleza en el límite máximo de la misma, considerándose la pena así definida como común a las infracciones en concurso.

- b. El Juez de Ejecución habrá de revisar el cómputo dispuesto en la sentencia, tomando en cuenta la privación de libertad sufrida por el imputado desde el día de su arresto.

La eventual fusión de penas que se haga en la sentencia respecto de los delitos en concurso, no es bastante para iniciar el cumplimiento. El juez de ejecución deba revisar la cuantificación hecha por el órgano de enjuiciamiento, descontando de la pena impuesta el tiempo ya *cumplido*. Este cómputo definitivo del tiempo de cumplimiento debe hacerse -si estamos a lo dispuesto en la Regla V.4 de la Resolución 296/05-, en el término de 3 días a contar desde la fecha de recepción de la sentencia condenatoria. La previsión reglamentaria –como vamos a ver- resulta sin embargo imposible para determinados supuestos.

En cualquier caso, si el juez de ejecución ha de descontar de la pena impuesta el tiempo que el condenado ha estado privado de libertad, es obvio que el secretario judicial, al tiempo que remite la sentencia condenatoria –y pese a que la ley no lo diga-, habrá de remitir una certificación del tiempo que perduró la situación de arresto, así como de los días que estuvo en situación de prisión preventiva sin fianza o de arresto domiciliario hasta el momento de la emisión del certificado (que no de la sentencia). Sólo esta información y la indicación de cual era su situación cautelar al momento de la remisión de la sentencia, permitirá al juez de ejecución abordar la actuación que se le encomienda.

No obstante, si es necesario conocer tales datos para analizar el tiempo que resta por cumplir, es evidente que para poder determinar con precisión lo que el artículo 440 impone, esto es, el día que finaliza la condena y, en su caso, la fecha a partir de la cual el imputado puede solicitar su libertad condicional o su rehabilitación, también será necesario conocer la fecha en la que se inicia el cumplimiento del periodo que resta.

Así pues, debemos distinguir varios supuestos:

1. Casos en los que el condenado esté ingresado en prisión.

El juez de ejecución deberá librar un oficio al establecimiento penitenciario en el que se encuentre a fin de que informe si el condenado se encuentra cumpliendo condena o no por otra causa y, en tal caso, fecha de comisión de los hechos (a fin de analizar la posibilidad de refundición de penas que veremos) y tiempo en el que culminará su cumplimiento. El requerimiento al centro penitenciario se hará junto con el mandamiento de prisión a que antes nos hemos referido, si bien resultará extremadamente difícil que en el término de los tres días siguientes a la recepción de la sentencia, el juez de ejecución pueda remitir el mandamiento de prisión y el requerimiento de información, que el centro penitenciario lo conteste y que el juzgado pueda de nuevo dictar el auto motivado que corresponda. Por otro lado, estando como está en prisión para –cuando menos– el cumplimiento de la pena impuesta y en ocasiones para el cumplimiento sucesivo de penas, no se acierta a entender la razón de un periodo tan perentorio.

2. Casos en los que el condenado esté en situación de libertad.

En tales supuestos es obvio que el juez de ejecución no está en condiciones de hacer el cómputo definitivo en los tres días siguientes a la recepción de la sentencia que impone el Reglamento. El ingreso voluntario o la busca y captura (particularmente cuando el condenado esté en ignorado paradero) impedirán conocer en ese término cual será la fecha real de inicio del cumplimiento, impidiéndose así la posibilidad de hacer el cómputo definitivo. Sólo cuando el condenado sea habido e ingresado en prisión, el juez de ejecución podrá remitir al centro penitenciario el oficio reclamando la información que antes hemos analizado y –a la vista de la fecha de ingreso y de la existencia o no de otros cumplimientos pendientes– efectuar el cómputo al que viene obligado.

3. El abono en otras causas de los días de prisión preventiva o de arresto domiciliario.

Es una posibilidad frecuente en la práctica que la persona condenada hubiera estado en situación de prisión preventiva o arresto –domiciliario o no- por otros hechos de los que hubiera resultado finalmente absuelto. El TSE (Stcia de 3-12-1990 entre muchas otras) tiene reconocido que este tiempo de privación de libertad puede serle de abono en causa distinta, siempre y cuando los hechos que motivaron la causa en la que se abonan hubieran sido perpetrados con anterioridad a la adopción de la medida cautelar; toda vez que sino podría hablarse de una especie de *crédito para futuras infracciones*. Es obvio que la información sobre estos tiempos abonables constará en el centro penitenciario y será remitida cuando sea recabada en la forma anteriormente indicada, no obstante, cuando fuera arresto domiciliario la medida cautelar adoptada en el procedimiento que luego terminó en absolución, la única manera de que el juez de ejecución tenga conocimiento de la misma será la alegación –que habrá de comprobarse- por parte del condenado.

XI.8 La unificación de penas

El proyecto de Código Penal establece la posibilidad que existe de unificar las penas correspondientes a distintos hechos, siempre que estos hechos estén unidos en concurso y tengan todos ellos penas de igual naturaleza.

Se entiende que los hechos están en concurso siempre que al tiempo de cometer uno de ellos, los otros no hubieren sido condenados por sentencia irrevocable.

Si esto es constatado antes del enjuiciamiento de los hechos, el concurso hará que todos las infracciones penales sean llevadas en un solo proceso y que la unificación de penas –como hemos visto- se realice por el propio tribunal del juicio en la sentencia que pronuncie. No obstante, en ocasiones puede ocurrir que los hechos que se imputen a una persona sean llevados en distintos procedimientos pese a su situación concursal. Es decir, que determinados delitos sean enjuiciados aisladamente, pese a que cuando fueron cometidos existían otros delitos que carecían todavía de sentencia ejecutiva. La situación no sólo se planteará en supuestos de ignorancia o mal funcionamiento de la administración de justicia, sino en casos en los que la sospecha de alguno de ellos no estaba todavía perfilada cuando empezó el juicio de los restantes. En tales supuestos, la sucesión en el tiempo de las distintas condenas no impedirá que el condenado pueda disfrutar de las mismas limitaciones de cumplimiento a las que hubiera tenido derecho de haber sido juzgados todos los delitos al mismo tiempo.

Así, el artículo 92 del proyecto de código penal establece que cuando en ocasión de procesos separados, la persona perseguida ha sido reconocida culpable de varias infracciones en concurso, las penas pronunciadas se ejecutan acumulativamente hasta el límite del máximo legal más elevado. No obstante, la confusión total o parcial de las penas de la misma naturaleza puede ordenarse, por la última jurisdicción llamada a estatuir, en las condiciones previstas por el Código Procesal Penal.

A los efectos de estas unificaciones, el proyecto considera que todas las penas privativas de libertad –sea cual sea su duración- tienen idéntica naturaleza y que cualquier pena privativa de libertad se confunde con la de reclusión a perpetuidad.

Debe tenerse en cuenta que cuando a alguna de las infracciones en concurso le sea aplicable la pena de reclusión a perpetuidad y esta no hubiere sido la pena pronunciada, el máximo aplicable se fija en la reclusión durante 40 años (art. 93 del proyecto).

El procedimiento de unificación puede iniciarse tanto de oficio como a instancia de parte (art. 441 del CPP) y seguirá el trámite de los incidentes que ahora analizaremos, pudiéndose llegar a hacer un nuevo juicio sobre la pena cuando de la unificación pueda modificarse sustancialmente la cuantía, monto o régimen de cumplimiento de la pena.

XI.9 El régimen de cumplimiento de las penas privativas de libertad

El propio artículo 57 de las *Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos*, aprobadas en el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente (Ginebra 1955), establece que la prisión, al tener por objeto separar a un delincuente del mundo exterior, priva a este de su libertad y resulta por ello aflictiva en sí misma, de suerte que —a reserva de las medidas de separación justificadas o del mantenimiento de la disciplina— el sistema penitenciario no debe agravar los sufrimientos inherentes a tal situación. Esta exigencia determina que el régimen penitenciario debe tratar de reducir las diferencias que puedan existir entre la vida en prisión y la vida libre, en la medida en que estas diferencias no contribuyan a reforzar el sentido de la responsabilidad del recluso, el respeto por la dignidad humana o a facilitar el retorno progresivo del condenado a una respetuosa vida en sociedad.

Esta orientación es la que inspira los Principios Básicos para el tratamiento de los reclusos, dados por la Asamblea General de la ONU en su 68ª Sesión Plenaria de 14 de diciembre de 1990, y las propias *Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos* antes aludidas, en las que, salvando la gran variedad de condiciones jurídicas, sociales, económicas y geográficas existentes en el mundo, se fijan unas condiciones mínimas que deben servir a los poderes públicos de los distintos estados como estímulo de un esfuerzo constante por vencer las dificultades prácticas que se oponen a su aplicación, estando estas exigencias recogidas en la Ley 224, de Régimen Penitenciario, de 26 de junio de 1984.

XI.9.1 El régimen ordinario de ejecución de la pena privativa de libertad

- a. La Ley 224/84, de Régimen Penitenciario, reconoce las exigencias **más básicas** en materia penitenciaria, destacando entre ellas:
 - La ejecución de las penas privativas de libertad tiene por objeto, fundamentalmente, la protección social y la readaptación del condenado, a fin de restituirlo a la sociedad con voluntad y capacitada para respetar la Ley (art. 2 de la LRP; así como Art. 10.3 del PIDCP y Art. 5.6 de la CADH).

- La aplicación de la normativa penitenciaria deberá hacerse sin discriminaciones o diferencias fundadas en raza, color, religión, nacionalidad, clase social y opinión política del interno (art. 4 de la LRP, conforme con artículo 6 de DUDH).
- Quedan proscritas no sólo las torturas, sino los maltratos, vejaciones o humillaciones de ninguna especie, pudiendo usarse únicamente las medidas de seguridad que la ley contempla (art. 5 de la LRP, conforme se deriva del artículo 5.2 de la CADH y artículo 5 DUDH).
- En la población reclusa, deberá existir una segregación los presos preventivos y los ya condenados, entre enfermos y sanos, entre hombres y mujeres y es conveniente que la haya entre mayores de 21 años y menores de esta edad (art. 11 y 12 de la LRP, en los términos del artículo 5.4 y 5.5 de la CADH).
 - b.** Junto a estos principios básicos, la Ley de Régimen Penitenciario – siguiendo las Reglas *Mínimas para el Tratamiento de Reclusos* del las Naciones Unidas- establece las líneas básicas de las *condiciones de vida penitenciarias*, destacando de entre ellas las siguientes exigencias:
 - 1.** El recluso tiene derecho a ser instruido del régimen al que será sometido al ingreso en el establecimiento (art. 32 de la LRP).
 - 2.** Tiene derecho a formular peticiones y dirigir quejas a la dirección del establecimiento o a las autoridades administrativas y judiciales (art. 34 de la LRP).
 - 3.** Se reconoce el derecho a una atención médico-asistencial en el propio establecimiento penitenciario o en dependencias exteriores si fuera necesario, incluyéndose la atención psiquiátrica y mental (art. 80 a 85 de la LRP).
 - 4.** Se han de garantizar las condiciones higiénicas del establecimiento penitenciario, siendo obligatorio el aseo personal del recluso (art. 23 y 24 de la LRP).
 - 5.** Se reconoce el derecho a una celda –individual o colectiva-con cama individual y ropa adecuada y limpia, siendo el recluso responsable de su estado, conservación e higiene (art. 25, 27 y 28 LRP).
 - 6.** La vestimenta uniforme no podrá ser degradante, ni humillante (art. 26 LRP).
 - 7.** En lo relativo a alimentación y recreo, el interno tendrá derecho a una alimentación adecuada en cantidad y calidad y a un esparcimiento al aire libre por tiempo no inferior a una hora diaria (art. 29 y 30 LRP).
 - 8.** El interno tiene derecho a visitas y correspondencia en la forma en que se determine (art. 35, 36 y 37 de la LRP).
 - c.** Junto a estas condiciones de vida del recluso y en coherencia con la orientación rehabilitadora que ha de tener la pena privativa de libertad, la LRP establece (art. 13) que el régimen penitenciario aplicable a los condenados por sentencias definitivas

tendrá –en aquellas penas que por su duración lo permitan- un carácter progresivo y contará con períodos fundamentales:

1. Período de observación: Tiene una duración de diez a treinta días, efectuándose en él un estudio de su personalidad, medio social y antecedentes personales, teniendo por objeto determinar la naturaleza del tratamiento que resulta conveniente aplicarle y la sección o establecimiento en el que se muestra adecuado destinarle (art. 14).
2. Período de Tratamiento: Pretende la rehabilitación del recluso mediante la instrucción, el trabajo, la asistencia espiritual, la disciplina, la práctica de ejercicios y otros medios que puedan considerarse adecuados. El trabajo se considera así obligatorio (art. 57 de la LRP) y la instrucción será uno de los medios fundamentales en su rehabilitación (art. 68).
3. Período de Prueba: Tiene por objeto realizar un pronóstico de la adecuación de su conducta en libertad, así como preparar esta mediante el afianzamiento de los vínculos familiares y sociales, la búsqueda de trabajo y alojamiento y una preparación psicológica. Exige, no obstante, haber cumplido un tercio de la pena cuando se trate de condenados hasta cinco años de prisión y un cuarto de la pena para aquellos que hayan sido condenados por tiempo superior (salvo situaciones especiales), siempre y cuando se hayan cumplido al menos veinte meses. Para su aplicación en este periodo, son considerados medios de prueba del recluso:
 - El permiso de salida del establecimiento (para su aplicación se exige el cumplimiento de al menos un tercio de la pena impuesta).
 - El alojamiento en instituciones especiales.
 - La concesión de la libertad condicional (en los términos que será analizada).
- I. Durante toda la vida del penado se muestra conveniente –por su capacidad motivadora y rehabilitadora-administrar una serie de beneficios penitenciarios como respuesta a conductas particularmente positivas. Los beneficios penitenciarios responderán a la calificación mensual que merezca la conducta de cada recluso y que oscilará entre: 1. Óptima; 2. Muy buena; 3. Buena; 4. Regular; 5. Menos que regular; 6. Mala y 7. Pésima (art. 52 LRP). Estos beneficios penitenciarios no aparecen especialmente desarrollados en la Ley de Régimen Penitenciario, no obstante, por ser consustanciales al régimen penitenciario que la ley desarrolla, están identificados y recogidos en el artículo 53 de la LRP y habrían de ser objeto de regulación detallada a través de un reglamento que hoy por hoy no existe, pero que de forma experimental se aplica ya en las prisiones de San Felipe (Puerto Plata) y Najayo (mujeres)¹².

12 Conforme con el nuevo modelo de gestión penitenciaria, se ha desarrollado un modelo de reglamento de régimen penitenciario que, sin un real refrendo normativo, está siendo aplicado en los centros de corrección y rehabilitación de San Felipe (Puerto Plata) y de Najayo (mujeres). Este modelo experimental de reglamento básico establece:
"Serán consideradas conductas o acciones merecedoras de beneficios penitenciarios aquellas que: a) Fomenten el espíritu de convivencia en la prisión. b) Las que representen un beneficio general para los internos o la institución. c) Las que tengan como finalidad auxiliar a los agentes de vigilancia y tratamiento o al equipo directivo en el desempeño de sus funciones. d) El desempeño de trabajos necesarios para el mantenimiento, la limpieza, la alimentación y la habitabilidad del Centro penitenciario.

- d. No puede concluirse la sucinta expresión del régimen legal penitenciario de la República Dominicana, sin resaltar lo que es el **régimen disciplinario**. El artículo 29 de las *Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos* establece que “La ley o el reglamento dictado por autoridad administrativa competente determinará en cada caso: a) La conducta que constituye una infracción disciplinaria; b) El carácter y la duración de las sanciones disciplinarias que se puedan aplicar; c) Cuál ha de ser la autoridad competente para pronunciar esas sanciones”. Añadiendo el artículo 30 que: “1) Un recluso sólo podrá ser sancionado conforme a las prescripciones de la ley o reglamento. ...2) Ningún recluso será sancionado sin haber sido informado de la infracción que se le atribuye y sin que se le haya permitido previamente presentar su defensa”; al tiempo que el artículo 31 prohíbe la aplicación como sanciones disciplinarias de “las penas corporales, el encierro en celda oscura, así como toda sanción cruel, inhumana o degradante” y el artículo 32 impone la previa autorización médica para la aplicación de penas de aislamiento, reducción de alimentos o cualquier otra que pueda perjudicar la salud física o mental del recluso.

Conforme con estos términos, los artículos 45 y ss de la LRP establecen que cualquier infracción de los preceptos de la ley o de los reglamentos que la desarrollen serán constitutivos de falta disciplinaria y podrá ser sancionada con alguna de las siguientes medidas: a) amonestación; b) privación de visitas o correspondencias hasta por treinta días; c) encierro en su celda o en celda de castigo hasta por treinta días; d) traslado temporal por no más de sesenta días y e) privación de otros privilegios que determinen los reglamentos.¹³ La propia ley establece incidentalmente la realidad del proceso contradictorio, al establecer la previa necesidad de audiencia del interno e impone que la sanción sea adoptada por la Comisión de Vigilancia Evaluación y Sanción, sin perjuicio de la competencia del director del establecimiento para la investigación de los hechos y para la posterior aplicación de la medida disciplinaria.

- e. No puede concluirse sin destacar que el artículo 20 de la LRP crea una *Comisión de Vigilancia, Evaluación y Sanción* en todo establecimiento penitenciario. La Comisión

Para ello la dirección del Centro establecerá un sistema de destinos para los internos. e) Todas aquellas que, de común acuerdo, el encargado de área bajo cuya supervisión esté el interno y uno de los (las) subdirectores (as) consideren oportuno”.

El artículo 27 establece que “Son beneficios penitenciarios, que podrán ser concedidos al interno en función de la calificación de su conducta, los siguientes: a) Comunicaciones conyugales extraordinarias de una hora de duración. b) Beca de estudios. c) Donativos de libros. d) Notas meritorias. e) Prolongación de recreos. f) Participación en actividades recreativas y deportivas”. Al tiempo se añade que estos beneficios –y por ellos las conductas que los justifican– se tomarán en cuenta para la concesión de: “a) Salidas temporales. b) Libertad condicional. c) Indulto. d) Reducción de la pena”.

- 13 El Reglamento en fase experimental conforme al nuevo modelo de gestión penitenciaria aplicado en el centro de corrección y rehabilitación de San Felipe (Puerto Plata) y Najayo (mujeres), estableciendo una regulación más detallada que la ofrecida por la ley, dispone que “Art. 23.- Gradación de las sanciones.-En cada caso concreto, la determinación de la sanción y de su duración se llevará a efecto atendiendo a la naturaleza de la infracción, a la gravedad de los daños y perjuicios ocasionados, al grado de ejecución de los hechos, a la culpabilidad de los responsables y al grado de su participación en aquellos, así como a las demás circunstancias concurrentes.

Art. 24.- Sanciones.- Las sanciones asociadas a las faltas serán las siguientes: a) Para las faltas leves la sanción será de amonestación verbal. b) Para las faltas graves las sanciones serán: 1. De amonestación escrita. 2. De suspensión de incentivos hasta por un mes. 3. De suspensión de salidas hasta por un mes. 4. De suspensión de actividades hasta por un mes. 5. De suspensión de llamadas hasta por un mes. 6. De suspensión de visitas y/o correspondencia de uno a quince días. 7. Encierro en su celda o en celda de aislamiento de uno a siete días. c) Para las faltas muy graves las sanciones serán: 1. De traslado a otro Centro penitenciario por no más de 60 días. 2. De suspensión de incentivos de uno a tres meses. 3. De suspensión de salidas de uno a tres meses. 4. De suspensión de actividades de uno a tres meses. 5. De suspensión de llamadas de uno a tres meses. 6. De suspensión de visitas y/o correspondencia de dieciséis a treinta días. 7. Encierro en su celda o en celda de aislamiento de ocho a treinta días.

Párrafo.- En el cumplimiento de las sanciones de aislamiento en celda se atenderá a lo dispuesto en el artículo 14 de este Reglamento. Del mismo modo los internos sancionados en aislamiento tendrán restringido el acceso a los productos del economato, pudiendo adquirir mientras dure esta condición exclusivamente tabaco, mechero, agua embotellada, papel y bolígrafo para escribir, sobres y sellos”.

ha de estar formada por el director del penal, el secretario del penal (con voz y sin voto), un psiquiatra, un visitador social y una persona más que preste servicio en un departamento del penal; correspondiendo a la Comisión:

1. Conocer de las reclamaciones o solicitudes hechas por los reclusos y que no hayan sido atendidas por el director del penal.
2. Resolver sobre el avance o retroceso en la calificación de cada penado.
3. Informar motivadamente sobre los permisos de los reclusos sometidos a tratamiento –salvo si se otorgare por enfermedad grave o muerte del cónyuge, padres o hijos del recluso-, correspondiendo al director del establecimiento la concesión o denegación del permiso.
4. Resolver sobre las sanciones disciplinarias, a la vista de la investigación llevada por el propio director o la persona que éste determine y en la que habrá de tener información y audiencia el interno (art. 48), correspondiendo al director la adopción de medidas cautelares y la aplicación de la medida disciplinaria (art. 47 LRP).

XI.9.2 La intervención del juez de ejecución penal con respecto al régimen ordinario de ejecución

Analizadas las reglas básicas del régimen carcelario, resta ahora el estudio del papel que ha de tener el juez de ejecución en la aplicación y control del mismo.

a. La intervención del juez de ejecución con relación a las condiciones de vida penitenciarias.

Hemos referido anteriormente la indicación que hace la LRP de las condiciones mínimas de atención y cuidado de la población reclusa. El derecho a ser instruido sobre el régimen al que será sometido, la posibilidad de formular peticiones y quejas, la atención médico asistencial, las condiciones higiénicas y de alojamiento, el vestido, la alimentación, las visitas y el recreo, perfilan unos confusos límites dentro de los cuales debe discurrir la vida en la prisión. La lógica imprecisión derivada de la imposibilidad de acotar hasta los últimos extremos las condiciones de la vida penitenciaria, no pueden justificar la tolerancia a que la administración establezca inadmisibles y penosos ambientes vitales, por ello el artículo 28 del CPP establece que el estado garantiza las condiciones mínimas de habitabilidad en los centros penitenciarios y el propio artículo 436 del CPP dispone que el condenado goza de todos los derechos y facultades que le reconocen la Constitución, los tratados internacionales, las leyes y este código, sin que pueda aplicársele mayores restricciones que las que expresamente dispone la sentencia irrevocable y la ley, atribuyéndose el control de este aspecto a la autoridad judicial, al fijar el propio artículo 28 que la ejecución de la pena se realizará bajo control judicial, y más concretamente al Juez de instrucción en su amplia función de control de la ejecución de las sentencias (art. 74 y 437 del CPP).

La cuestión estriba pues en definir cómo se reflejará la solución judicial a las condiciones de habitabilidad que resulten inadmisibles, apareciendo en el párrafo 3º del artículo 437 el instrumento, al decir que el Juez de Ejecución dictará, incluso de oficio, las medidas que juzgue convenientes

para corregir y prevenir las faltas que observe en el funcionamiento del sistema y ordena a la autoridad competente para que en el mismo sentido expida las resoluciones necesarias.

Supone ello un control independiente, individual y propio, al que habrá de someterse la administración penitenciaria por más que el artículo 6 de la LRP establezca que la Dirección General de Prisiones –dependiente de la Procuraduría General de la República– tenga la dirección y control de todos los establecimientos penales del país.

Respecto a cuáles serán los instrumentos con los que puede contar el juez de ejecución para conocer de estos posibles excesos, son varios los que recoge el ordenamiento jurídico:

1. Las peticiones o quejas que cualquier interno puede hacer a la autoridad administrativa o judicial (art. 34 de la LGP).
2. La comparecencia de condenados o encargados de los establecimientos que, con fines de vigilancia y control, puede ordenar el juez de ejecución (Art. 437.2 in fine).
3. Las inspecciones o visitas de establecimientos penitenciarios que aborde el juez de ejecución por sí mismo (art. 437.2). Esta facultad, particularmente cuando va precedida por la anterior, es un eficaz instrumento para acercar al Juez a la situación real de todos los internos en estos centros y constatar la normalidad en el disfrute de sus derechos y beneficios penitenciarios. Nada impide tampoco que la comparecencia de los internos o la recepción de las quejas tengan lugar al tiempo de esta visita, de suerte que puede ser particularmente adecuado que las visitas tengan lugar sin previo aviso.
4. A estos tres instrumentos debe añadirse un cuarto. El artículo 99 de la LRP establece la posibilidad de visita de los centros que tiene el fiscal del distrito judicial correspondiente, en las que oirá las quejas de los reclusos y por las que habrá de informar acerca del cumplimiento que dieran las autoridades penitenciarias de las leyes y reglamentos que rigen la vida en reclusión. Es este un instrumento impropio de conocimiento judicial, toda vez que siendo posible, lo lógico es que dependiendo como dependen los establecimientos penitenciarios de la Procuraduría General de la República, sea a esta a la que de cuenta el Fiscal del distrito de las deficiencias observadas y no al Juez de Ejecución.

b. La intervención del juez de ejecución con relación al régimen penitenciario aplicable.

1. Dentro del régimen penitenciario nos encontramos en primer lugar con lo que puede denominarse la observación y clasificación penitenciaria. Serían aquellas actividades de la administración penitenciaria que concluyen con la indicación inicial de la sección y establecimiento en los que resulta recomendable ubicar al interno, así como la determinación de la naturaleza del tratamiento. Tras esta actuación primera, serán aquellas actividades que permitirán modificar esta ubicación o tratamiento inicial (art. 42 LRP) o alterar lo que puede llamarse *calificación de grado* del interno, de suerte que –cumplidos los periodos mínimos de cumplimiento– pueda pasar del llamado periodo de tratamiento al de prueba. Toda esta actuación administrativa se concreta en un acto jurídico administrativo formalmente emanado, en base al cual se definen los derechos subjetivos iniciales del penado o su ampliación o restricción posterior.

- Clasificaciones y traslados de establecimientos o secciones.

Conforme con el artículo 42 de la LRP, han de responder a razones asentadas en la extensión de la pena o en la naturaleza del tratamiento señalado. Ello hace que deban derivar de un análisis de la Comisión de Vigilancia, Evaluación y Sanción (art. 20), aún cuando vayan firmados por el Director General de Prisiones (art. 42). Es esta decisión administrativa la que podrá ser objeto de impugnación ante el Juez de Ejecución si bien debe remarcarse que no corresponderá a este determinar el establecimiento o sección concreta a la que debe ir destinado el condenado (por ser esta una cuestión que corresponde a la administración penitenciaria y su control a la jurisdicción contencioso administrativa), sino exclusivamente analizar si aquella en la que fue ubicado se corresponde con la naturaleza de la pena y el tratamiento que le son predicables¹⁴.

- Evoluciones y retrocesos entre el periodo de tratamiento y el periodo de prueba.

La decisión corresponde, conforme con el artículo 20 de la LRP a la Comisión de Vigilancia, Evaluación y Sanción. Es también un acto administrativo susceptible de impugnación ante el juez de ejecución, no obstante, las importantes consecuencias derivadas de calificación en uno u otro periodo y las condiciones de semilibertad a las que puede conducir el periodo de prueba, muestran la inconveniencia de que quede en manos de la administración la clasificación del interno en este grado, a la vista de la alteración que entraña con relación a la pena privativa de libertad impuesta en su día por el poder judicial. Hubiera sido más lógico someter esta clasificación a decisión judicial inicial y no constreñir la actuación del juez de ejecución a una facultad revisora; no obstante, el problema resulta particularmente dramático por la defectuosa redacción de la resolución 296/2005, pues mientras que el artículo 442 del CPP permite al ministerio público (sin limitación ninguna) plantear incidentes relativos a la ejecución y entre ellos cuestionar la conveniencia de la alteración de la efectividad de la pena hecha por la administración, es lo cierto que la Regla XVIII.1.a.i del Reglamento impone, para que el ministerio público pueda plantear la cuestión al juez de ejecución, no sólo que lo haga en interés de la justicia, sino a favor del condenado. La regulación así establecida resulta inválida, no sólo por llevar lo preceptuado en el CPP a un punto distinto, sino por dar a la administración penitenciaria una posibilidad de descargo de pena que escapa a todo control judicial y, por tanto, a la facultad judicial de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado.

- Los beneficios penitenciarios.

Los indicados en la LRP son citados a modo ejemplificativo, reconociéndose la posibilidad de establecerse otras prerrogativas reglamentariamente.

Estos beneficios que la ley recoge en el artículo 53.1 son el de recibir visitas con mayor frecuencia, la prolongación de recreos y la asistencia a actividades deportivas, culturales o recreativas. Los beneficios son predicables de cualquier periodo de ejecución (periodo de tratamiento o de prueba) y podrán ser ampliados con otros como comunicaciones conyugales o partenofiliales extraordinarias, beca de estudios, donativos de libros etc.

No obstante, existen beneficios predicables exclusivamente del periodo de prueba, tal y como se recoge en el artículo 17 de la LRP, destacando así los permisos de salida, el alojamiento en

14 En tal sentido se manifestó el TCE en su sentencia 138/86, de 7 de noviembre.

instituciones especiales y la concesión de la libertad condicional. La regulación de estos últimos es sin embargo imprecisa pues: 1) existen permisos que cabrían en periodo de tratamiento o constante prisión preventiva; son los permisos extraordinarios asentados en motivos humanitarios tales como fallecimiento o enfermedad de padres, cónyuge, hermanos o hijos, alumbramiento etc. y 2) no agrupan todos los beneficios, pues la lista debería incrementarse con el *indulto* o el beneficio de *reducción de la pena* previsto en el artículo 53.2.

Los beneficios son acordados por la Comisión de Vigilancia, Evaluación y Sanción, con la sola excepción de los permisos de salida, respecto de los cuales la Comisión se limitará a informarlos previamente, siendo concedidos por el director del establecimiento. Todas estas decisiones serán revisables, en términos de impugnación, por el juez de ejecución; siendo única excepción de este régimen los permisos extraordinarios a internos que se encuentren en situación de prisión preventiva, respecto de los cuales la decisión de concesión corresponderá al Juez de Instrucción, sin superior control del juez de ejecución.

c. La intervención del juez de ejecución con relación al régimen disciplinario.

Como hemos visto, el régimen disciplinario viene regulado de los artículos 45 a 51 de la LRP, adoptándose la sanción por la Comisión de Vigilancia, Evaluación y Sanción (art. 20 de la LRP). No obstante, cualquier sanción podrá ser objeto de impugnación ante el Juez de la Ejecución como consecuencia de la previsión del artículo 437 del CPP.

El juez de ejecución revisará, así:

- a.** La realidad de la infracción.
- b.** La tipificación de la conducta como infracción.
- c.** La normalidad del proceso sancionador; y
- d.** La necesidad y proporcionalidad de la sanción impuesta.

A este respecto, la regulación legal adolece de una total imprecisión, no sólo porque con relación al procedimiento parece limitarse a imponer la previa audiencia del expedientado (art. 48 de la LRP), sino porque admite que cualquier sanción pueda ser impuesta ante cualquier incumplimiento, sin sujeción a otra regla que la propia ponderación de una discrecional proporcionalidad extraída del análisis de la naturaleza de la infracción, de la gravedad de los daños y perjuicios ocasionados, del grado de ejecución de los hechos, de la culpabilidad de los responsables y de su grado de su participación en aquellos, así como cualquier otra circunstancia concurrente. La imprecisión aumenta por extenderse al posterior control judicial.

Se advierte así la conveniencia de abordar una graduación de las infracciones y la necesidad de identificar qué sanciones pueden aplicarse en cada caso. Así lo hace el Reglamento en fase experimental conforme al nuevo modelo de gestión penitenciaria aplicado al centro corrección y rehabilitación de San Felipe (Puerto Plata) y Najayo (mujeres).

En este Reglamento se estructuran las infracciones en tres categorías:

- 1.** Faltas leves.- Considerando leves las siguientes: a) impedir con su comportamiento el normal desarrollo de cualquiera de las actividades del Centro. b) simular enfermedad. c) participación en apuestas y juegos de azar. d) permanecer en lugares no autorizados. e) el incumplimiento de los horarios de régimen interior que la dirección del centro establezca por normativa. f) la venta de artículos prohibidos por la normativa del centro. g) cualquier otra acción u omisión que represente el incumplimiento de los deberes y obligaciones del interno y que no esté comprendido en los apartados anteriores de este artículo ni de los artículos 21 y 22.
- 2.** Faltas graves.- Se consideran las siguientes: a) incurrir en tres faltas leves durante un periodo de tiempo inferior a seis meses, b) promover o divulgar noticias falsas sobre la institución, los agentes o el personal directivo con la voluntad de menoscabar su autoridad y credibilidad o la seguridad del Centro, c) atentar contra la propia vida o integridad física, d) incitar a participar en pelea o agresión a cualquier trabajador del centro o a los internos, e) sustraer, dañar o manipular los bienes de la institución o de otras personas, f) manipular objetos convirtiéndolos en potencialmente peligrosos, g) introducir en el establecimiento, poseer o fabricar objetos que las normas del centro prohíban, h) organizar apuestas, rifas o juegos de azar, i) resistirse a las órdenes recibidas de los agentes o personal directivo del centro de forma pasiva, j) la embriaguez producida por el consumo de bebidas alcohólicas o sustancias psicotrópicas así como el consumo o posesión de las mismas, k) amenazar, coaccionar o faltar al respeto a otros internos o al personal de la institución.
- 3.** Faltas muy graves.- Son faltas muy graves las siguientes: a) atentar contra la vida o la integridad física de otras personas en el interior del centro o en el exterior del mismo, si el interno hubiese salido por causa justificada, b) agredir sexualmente a otra persona, c) intentar, auxiliar o consumir la evasión, d) resistirse a las órdenes recibidas de los agentes o personal directivo del centro de forma activa, e) sobornar o incitar al soborno, f) retener personas a la fuerza, g) el tráfico de bebidas alcohólicas y sustancias psicotrópicas, h) sustraer, dañar o manipular los bienes de la institución causando un grave daño, i) introducir o fabricar objetos punzantes o armas blancas, j) adulterar los alimentos o medicamentos, k) sustraer documentos oficiales o el sello del centro, así como falsificarlos, l) asumir la identidad de otro con el fin de obtener beneficio propio o el de terceros, m) reunirse para planear actos delictivos o de indisciplina interna, n) participar o promover actos de indisciplina colectiva o motines.

Paralelamente, el Reglamento estructura las sanciones, indicando que

- 1.** Para las faltas leves la sanción será la amonestación verbal.
- 2.** Para las graves las sanciones serán: a. amonestación escrita; b. suspensión de incentivos hasta por un mes; c. suspensión de salidas hasta por un mes.

Para las faltas muy graves las sanciones previstas son: a. traslado a otro centro penitenciario por no más de sesenta días; b. suspensión de incentivos de uno a tres meses; c. suspensión de salidas de uno a tres meses; d. suspensión de actividades de uno a tres meses, e. suspensión de llamadas de uno a tres meses; f. suspensión de visitas y/o correspondencia de dieciséis a treinta días; g. encierro en su celda o en celda de aislamiento de ocho a treinta días.

Sorprende de esta regulación que todas las sanciones, sea cual sea su naturaleza e intensidad, sean adoptadas por la CVES, a diferencia de otros ordenamientos jurídicos que –como el español– preceptúan que las sanciones de mayor intensidad afflictiva necesitan de una aprobación originaria del Juez de Ejecución.

XI.9.3 El procedimiento para la intervención del juez de ejecución penal con respecto a las reclamaciones anteriores

El artículo 34 de la LRP no sólo reconoce la posibilidad de todo recluso de formular y dirigir peticiones y quejas a la dirección del establecimiento o a las autoridades administrativas, sino que admite también la facultad de canalizarlas a la autoridad judicial, sin más limitación que responder a las atribuciones antes indicadas y hacerse en términos respetuosos o convenientes.

El precepto resulta, así, coherente con la actual indicación del artículo 442 del CPP que no sólo reconoce la posibilidad que tiene el condenado de plantear cualquier incidente relativo a la ejecución o a la extinción de la pena, sino que admite que la solicitud del penado pueda hacerse sin formalidad ninguna.

La Regla XVIII de la Resolución 296/2005, en coherencia con el propio artículo 442, establece una capacidad ampliada para la presentación de estas reclamaciones, indicando que pueden presentarse: 1) por el condenado, 2) por su defensor, 3) por cualquier persona en favor del condenado y 4) por el ministerio fiscal siempre que sea en interés de la justicia e in favor rei; no obstante, la dispensa de formalidades se reconoce exclusivamente con relación a la reclamación hecha por el propio condenado –extensible lógicamente a las personas legas que en su favor actúen–, imponiéndose para los demás la presentación de un escrito motivado.

Todas estas reclamaciones podrán presentarse directamente en el Juzgado –ante el secretario del juez de ejecución dice la Regla XVIII– o ante la autoridad penitenciaria que, en tal caso, viene obligada a conducirla de forma inmediata al juez de ejecución.

La tramitación de la denuncia se inicia con el posterior traslado al resto de partes interesadas –ministerio público, defensor público en su caso, Dirección General de Prisiones y autoridad penitenciaria–. En tal sentido, la Resolución 296/2005 se limita a indicar los supuestos en los que la resolución impone la celebración de una audiencia, de suerte que nada se dice sobre cómo ha de ser la tramitación en el resto de los supuestos en los que esta audiencia no está indicada. La imprevisión sugiere que tras el traslado no habrá más trámite que la concesión de un plazo al resto de interesados –tres días es el menor contemplado en el CPP para el recurso de oposición– para que puedan alegar lo que a su derecho convenga y la posterior decisión del juez de ejecución.

En los supuestos en los que la audiencia está indicada¹⁵, es obligada la citación del resto de interesados, así como la presencia del penado que no haya renunciado a su derecho de presencia. No indica sin embargo el reglamento cual será el plazo establecido, no obstante, la naturaleza privativa o restrictiva de la libertad individual sugiere que haya de ser un plazo perentorio, como perentoria es la indicación de que la resolución –motivada- habrá de darse a la terminación de la comparecencia y en todo caso en un término máximo de diez días en aquellos supuestos en los que la premura anterior resulte imposible ante la complejidad del asunto.

Toda decisión a este respecto es susceptible de recurso de apelación ante la Corte de Apelación (Art. 416 CPP), correspondiendo a esta decidir sobre la eficacia suspensiva del recurso interpuesto.

XI.9.4 Condiciones especiales de ejecución

El Código Procesal Penal prevé una serie de supuestos en los que el Tribunal, sin dejar sin efecto la pena impuesta, puede establecer un régimen extraordinario de cumplimiento. La previsión viene recogida en el artículo 342 del CPP y pese a la generalidad de su enunciado, de los supuestos concretos en los que se faculta y de las consecuencias de su adopción se deriva que la facultad de alteración sólo es reconocida con respecto a penas privativas de libertad, pues el artículo 342 faculta al tribunal sentenciador a autorizar –siempre en la misma sentencia- que la pena privativa de libertad pueda cumplirse, en lugar de en el establecimiento penitenciario, en el domicilio del imputado, en un centro de salud mental, en un geriátrico, o en centros clínicos o de desintoxicación.

Para alcanzar esta autorización habrán de considerarse¹⁶ las condiciones particulares que puedan concurrir en el imputado, no obstante, resulta obvio concluir que esa “*consideración*” en modo alguno permite obviar las sugerencias de oportunidad que resulten de la prevención especial y general a la que toda pena aspira. De este modo, el juicio (y más concretamente el juicio de la pena cuando se siga) deberá acreditar:

1. Que concurre en el imputado alguno de los supuestos en los que el legislador faculta la transmutación del régimen de cumplimiento de la pena privativa de libertad, esto es: a. que el condenado sobrepase los setenta años de edad; b. que padezca una enfermedad terminal; c. que padezca un estado de demencia que haya sobrevenido con posterioridad a la comisión de la infracción; d. que la imputada se encuentre en estado de embarazo o lactancia; e. que exista en el procesado una adicción a las drogas o al alcohol.
2. Que concurren en él razones que justifican estas condiciones especiales desde el punto de vista de la prevención especial. Que deban tomarse en cuenta las condiciones particulares del imputado no sólo obliga a considerar aquella realidad que puede justificar

15 La Regla XVIII.3 dispone que se celebrará la audiencia en los casos siguientes:
"1. En los incidentes donde se promuevan pruebas; 2. Para conocer las denuncias, quejas o peticiones por violación de derechos y garantías fundamentales de los condenados o condenadas, fundados en la Constitución, Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos de las Naciones Unidas, y demás instrumentos sobre derechos humanos internacionales; en el Art. 436 del Código Procesal Penal, en la Ley No. 224, sobre Régimen Penitenciario vigente, Ley No. 164, sobre Libertad Condicional y otras leyes correlativas especiales; 3. Para la revisión del cómputo definitivo, cuando hayan reclamaciones del condenado o condenada; 4. Unificación de penas o condenas y el nuevo juicio sobre la pena; 5. Libertad condicional o su revocación y 6. Multas y medidas de seguridad".

16 Ese es el término concreto utilizado por el propio CPP en su artículo 342.

un cumplimiento especial por razones humanitarias, sino también que tal régimen de cumplimiento no desvirtúe las razones de prevención especial que constituyen el fin de la pena. La decisión sólo se justifica en aquellos supuestos en los que—atendiendo a la realidad concreta del condenado—el régimen alternativo de cumplimiento se muestre adecuado para la socialización y rehabilitación del afectado, o bien cuando, vista su enfermedad o estado psíquico, la rehabilitación se muestre innecesaria o resulte imposible.

- 3.** Que las condiciones especiales de cumplimiento no se opongan a la finalidad preventiva general que cumple la pena. La gravedad de los hechos, la posibilidad de que puedan reiterarse hechos delictivos a la vista de la posible repetición de las circunstancias que lo propiciaron en su día y la propia realidad personal del condenado, facultan y obligan al Tribunal a configurarse un juicio de ponderación entre las razones humanitarias que sugieren la posibilidad del especial régimen de cumplimiento y la seguridad colectiva.

No obstante, este régimen especial de cumplimiento no sólo puede ser adoptado en sentencia, sino que el artículo 443 del CPP admite que pueda establecerse cuando sobrevenga alguno de los casos antes indicados. El régimen de su regulación entraña pues:

- a.** Que el juez de ejecución no sólo tiene la competencia de velar por la observancia precisa de estos regímenes especiales, sino que puede traspasar el cumplimiento ordinario en extraordinario cuando las circunstancias que los justifican acaezcan después de dictada sentencia.
- b.** Que el juez de ejecución no puede establecerlo sobre la base de circunstancias supuestamente existentes a la fecha de la sentencia y que no fueron apreciadas por el tribunal.
- c.** Que sólo la sobrevenida de las condiciones objetivas antes expresadas permitirán al juez de ejecución modificar el régimen de cumplimiento. Una interpretación literal del precepto impediría que pueda acordarse un cumplimiento externo al centro penitenciario en aquellos supuestos en los que el beneficio fue denegado en sentencia exclusivamente por razones de prevención general o especial que se consideren superadas.
- d.** La sobrevenida de las condiciones objetivas no dispensa al juez de ejecución de analizar la conveniencia general y especial de modificar el régimen de cumplimiento, a cuyo efecto considerará los informes de tratamiento emitidos por la Junta de Vigilancia, Evaluación y Sanción.

Es conveniente ahora efectuar un breve análisis de los distintos supuestos en los que el legislador ha posibilitado la fijación de estos regímenes especiales de cumplimiento de las penas privativas de libertad.

- I.** Cuando el condenado sobrepase la edad de setenta años.

El Código Procesal Penal admite por razones humanitarias de consideración a la edad, la posibilidad de un régimen especial de cumplimiento de las penas privativas de libertad a los septuagenarios o a quien vayan a cumplir los setenta años durante el tiempo de extinción de la condena. Es este el requisito objetivo, el cual deberá ir acompañado de la inexistencia de una necesidad de prevención general o de prevención especial. La observancia en el condenado de una buena conducta (desde el delito hasta la sentencia o durante el inicio de la ejecución de esta), su habitualidad delictiva y las circunstancias que motivaron su delito en relación con la realidad concurrente al momento de la ponderación, son elementos que permitirán emitir un pronóstico individualizado de reiteración delictiva y reinserción social, elemento esencial a la hora de adoptar tal decisión, siendo como es que la edad no ha de comportar una exención o minoración automática del rigor de aquellas penas que – precisamente- son inherentes a las formas más graves de delincuencia.

La concesión del beneficio entrañará en este caso su sustitución por el arresto domiciliario, pudiendo establecerse un régimen intermedio que faculte de forma limitada o parcial la residencia en el domicilio (art. 342, párrafo 2º) o en un geriátrico. No obstante, la aplicación de la medida entraña una minoración del rigor penitenciario, sin que suponga que el condenado sea ajeno a los programas de formación orientada a la reinserción que puedan establecerse.

En todo caso, el juez de ejecución deberá velar porque este régimen de cumplimiento se cumpla satisfactoriamente (art. 443); no obstante, el legislador no ha definido las consecuencias de su inobservancia, pudiéndose concluir que no tiene por qué generar una revocación automática del beneficio, sino que el juez de ejecución podrá administrar el incumplimiento en los términos que sean convenientes para cada concreto. Ello no supone que el juez de ejecución no pueda también llegar a su derogación en los supuestos de incumplimiento más grave o peligroso –inobservancia del arresto domiciliario o aprovechamiento para la comisión de nuevos delitos- aún cuando la concesión hubiera sido otorgada por el tribunal sentenciador.

2. Cuando el condenado padezca una enfermedad terminal.

La constitución establece el derecho a la vida y a la integridad física y moral como el primero de los derechos fundamentales del individuo y soporte del resto de los derechos esenciales que se le reconocen. Es un derecho que la administración penitenciaria no sólo ha de cumplir el mandato constitucional de forma negativa (inhibición respetuosa), sino que le es exigible una función activa para el cuidado de la vida, la integridad corporal y la salud de los hombres y mujeres separados de la sociedad por medio de la privación de su libertad. No obstante:

1. No es un derecho absoluto pues la protección humanitaria de esta dignidad moral queda limitada a su vertiente más evidente, es decir, sólo cuando se trate de una enfermedad terminal, concepto que yendo más allá de la mera enfermedad incurable o dolencia irreversible, pasa a significar aquel padecimiento que científicamente terminará por generar el óbito del condenado de no cruzarse otra causa letal imprevista; si bien sin que el concepto no exige que el resultado fatal haya de ser inminente o inmediato.
2. No es absoluto porque, como ha indicado el TCE, *“el equilibrio entre el derecho a la vida, unido indisolublemente por su consistencia ontológica a la dignidad de la persona como profesión de fe en el hombre, que lleva en sí todos los demás y el de la gente a su seguridad, mediante la segregación temporal en cumplimiento de las penas privativas de libertad, con*

su doble función retributiva y profiláctica o preventiva, es la finalidad que pretende conseguir la norma reglamentaria en cuestión...”; añadiendo el propio TC que en necesario que concurra la menor peligrosidad de los libertos por su misma capacidad disminuida¹⁷.

La apreciación de pertinencia del beneficio, revocable aún cuando la ley no diga nada, no llevará tampoco a la concesión de libertad, sino al cumplimiento domiciliario o en centro clínico, en los términos concretos que se establezcan.

- 3.** Cuando el condenado padezca una demencia, sobrevinida con posterioridad a la comisión de la infracción.

No se trata de cualquier enfermedad mental, sino que al hablar de demencia el precepto exige que sea un trastorno mental persistente, duradero y grave que impida conocer el sentido de la pena, es decir, de su contenido y finalidad o, lo que es lo mismo, de la relación existente entre lo aflictivo de la pena y la acción dañosa antes cometida.

No es esta una regulación que tenga mucho sentido pues cuando este estado cognoscitivo concurra al momento de la perpetración de los hechos, la demencia llevará a la exención de la responsabilidad criminal, pero cuando sobrevenga con posterioridad e impida al condenado alcanzar la comprensión del sentido de la sanción, lo que deberá producirse no es una minoración del rigor de su ejecución (obsérvese además que no se aplica a penas distintas de las privativas de libertad), sino la paralización del enjuiciamiento cuando no se haya dictado sentencia o, si sobreviniere después, la suspensión de la ejecución de la pena impuesta. Todo ello, unido a la circunstancia de que el incumplimiento por parte del condenado del régimen especial que se imponga deberá ser analizado desde la perspectiva de la seguridad colectiva y de la irresponsabilidad individual, determina que debiéramos estar más en un supuesto de adopción de medidas de seguridad, que en regímenes especiales de cumplimiento de penas privativas de libertad. La imprevisión se agudiza más aún si observamos que el “beneficio” no resulta siquiera obligado, cabiendo la posibilidad de denegación y sumisión a un internamiento psiquiátrico penitenciario.

A diferencia de los motivos anteriores, este -como los siguientes- es susceptible también de desaparición sobrevinida, lo que (salvo prescripción) llevará de forma automática al cumplimiento de la pena conforme con el régimen ordinario de ejecución, lo que en ocasiones puede plantear cuestión de equidad.

- 4.** Cuando la condenada se encuentre en estado de embarazo o lactancia.

El que el legislador haya considerado este estado como susceptible de merecer –en su caso- el beneficio que analizamos y la realidad de que este estado sea circunstancial y en ocasiones mucho más limitado que la pena misma, pone en evidencia la voluntad legislativa de que el régimen especial de cumplimiento habrá de persistir en la eventualidad de que termine la razón que lo justificó en su origen, siempre y cuando no se haya incumplido el régimen alternativo definido.

- 5.** Cuando exista adicción a las drogas o al alcohol.

17 STC de 25 de marzo de 1996.

La posibilidad del régimen especial no se asienta en la adicción, sino en la conjunción del vicio con la realidad de un tratamiento de desintoxicación por el condenado. Es el interés humanitario y el interés colectivo por la deshabitación el que precisamente justifica el tratamiento privilegiado, hasta el punto que –a diferencia de los anteriores- el fracaso del programa de desintoxicación, puede permitir la no consideración de tiempo de cumplimiento al tiempo pasado en semilibertad.

La posibilidad que otorga el artículo 433 de que la concesión del régimen especial responda a razones sobrevenidas con posterioridad a la sentencia, plantea la cuestión –no resuelta en la ley- de si podrá concederse dicho beneficio para la deshabitación de toxicomanías adquiridas constante el periodo de ejecución de la pena, una posibilidad que puede desvirtuar el régimen de permisos y de libertad condicional concebido por el legislador. Estas razones; la posibilidad de que por razones de prevención general deba denegarse el beneficio al adicto o la inconveniencia de que en casos de largas penas privativas de libertad haya que optar entre la subsistencia de la toxicomanía o una semi-libertad socialmente inadmisibles, justifica que la previsión del artículo 342.4 deba ir además acompañada de verdaderos planes de desintoxicación que sean susceptibles de ser seguidos en el propio régimen carcelario.

XI.10 Los incidentes de ejecución

Cualquier incidente que pueda plantearse con relación a la ejecución o extinción de la pena –y lo expuesto anteriormente es sugerente del gran número de cuestiones que puede llegar a plantearse- ha de ser tramitado conforme con un único procedimiento.

XI.10.1 La legitimación

El artículo 442 reconoce la posibilidad que tiene cualquier condenado de plantear incidentes relativos a la ejecución y extinción de la pena, ante el juez de ejecución. La capacidad se amplía a cualquier persona en su favor, sea o no su defensor. No obstante, sorprende que siendo como es que el Código Procesal Penal autoriza también al ministerio público a plantear tales incidentes, la regla XVIII.1.a.i del Resolución 296/2005 restrinja esta facultad a aquellos supuestos en los que el ministerio público actúe en interés de la justicia y a favor del reo. La restricción deviene nula e inadmisibles, pues alejaría de control jurisdiccional cualquier decisión que adopte la administración penitenciaria que modifique el cumplimiento real de la sentencia pero que, por ser favorable al reo, jamás sería recurrida por este (Vg: concesión de permisos, progresión de grado etc).

XI.10.2 La forma

La forma de plantear las cuestiones es dual

El condenado o condenada pueden presentar la solicitud judicial directamente o mediante entrega a la autoridad administrativa penitenciaria, en cuyo caso el funcionario que la reciba habrá de transmitirla inmediatamente al juez de ejecución. Por otro lado, en los supuestos en que la solicitud se cursa directamente por el condenado, el artículo 442 fija que no precisará de formalidad ninguna, habiéndose de entender que esta misma posibilidad es predicable de los legos en derecho que actúen a favor de condenado.

El defensor y el ministerio público, no sólo deberán dirigir su petición al Juzgado, sino que deberán estructurarla por escrito y de forma motivada.

XI.10.3 El procedimiento

Recibida la denuncia, queja o petición, el juez de instrucción dará traslado de la misma al resto de interesados y de manera específica al ministerio público, defensa pública, Dirección General de Prisiones, autoridad penitenciaria o cualquier persona interesada.

El Código Procesal Penal establece en su artículo 442 que la actuación subsiguiente será la resolución. Obviamente, la escueta articulación es insuficiente, de suerte que la Resolución 296/2005 establece que se celebrará audiencia en los siguientes casos:

- a.** En los incidentes donde se promueva prueba;
- b.** Cuando se conozcan denuncias, quejas o peticiones por violación de derechos y garantías fundamentales de los condenados o condenadas, fundados en la Constitución, Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos de las Naciones Unidas, y demás instrumentos sobre derechos humanos internacionales; en el Art. 436 del Código Procesal Penal, en la Ley No. 224, sobre Régimen Penitenciario vigente, Ley No. 164, sobre Libertad Condicional y otras leyes correlativas especiales;
- c.** Cuando sean denuncias asentadas en la revisión del cómputo definitivo, por parte del condenado o condenada;
- d.** Cuando versen en la unificación de penas o condenas o sea el nuevo juicio sobre la pena;
- e.** Cuando se refiera a la libertad condicional o su revocación;
- f.** Cuando afecte a multas o medidas de seguridad.

No dice la ley, ni el reglamento, el término en el que la audiencia habrá de practicarse. La particular naturaleza de los derechos que se ventilan justifica una comparecencia inmediata, semejante en tiempo a la que se establece para la revisión de la prisión preventiva en la eventualidad de impugnación y en la que el resto de partes interesadas alegarán de forma oral lo que a s derecho convenga.

En el resto de supuestos la audiencia no resulta necesaria, lo que no excluirá la posibilidad de convocarla si el juez de ejecución lo considera. En cualquier caso, si se prescindiera de ella, debe destacarse que será obligatorio conceder al resto de interesados un término en el que puedan hacer sus alegaciones –también por escrito fundado- a fin de no generar indefensión respecto a sus posiciones procesales.

XI.10.4 La Resolución

La decisión, que habrá de darse de manera inmediata o en el término máximo de diez días¹⁸ en supuestos de gran complejidad, ha de ser motivada y será susceptible de recurso de apelación ante la Corte de Apelación, sin que este recurso tenga carácter suspensivo si el tribunal a quo no establece otra cosa.

XI.11 La libertad condicional

La libertad condicional puede ser definida a la luz de la propia ley que la desarrolla, esto es, la ley 164/1980, de Libertad Condicional, de 7 de octubre (LLC). Dicho texto legal establece en su artículo 1º que la libertad condicional se establece como un medio de prueba de que el recluso condenado a una pena privativa de libertad, se encuentra rehabilitado y apto para vivir en sociedad. Por tanto, la libertad condicional no extingue ni modifica la duración de la pena, sino que es un modo especial de hacerla cumplir la prisión al condenado, residenciándose la especialidad en que en la eventualidad de que tras la excarcelación el penado se conduzca bien hasta la expiración del plazo de prueba, la inicial liberación devendrá definitiva (art. 14 de la LLC).

XI.11.1 Requisitos para la concesión del beneficio de la libertad condicional

Debe destacarse que la concesión de la libertad condicional –y su eventual revocaciones un acto del que queda excluido el ámbito administrativo, correspondiendo a la jurisdicción la adopción inicial de la decisión. Así se define expresamente en el artículo 444 del CPP y en el artículo 3 de la Ley 164/1980, de libertad condicional, en su redacción dada por el artículo 14.4 de la Ley 278/04, sobre Implementación del Proceso Penal, de 13 de agosto. No obstante, y como no puede ser de otra forma, pese a la discrecionalidad en su concesión, se trata de un acto judicial fuertemente reglado, que exige de forma necesaria la concurrencia de múltiples presupuestos tanto de naturaleza objetiva como subjetiva.

A. Requisitos objetivos:

- I.** Que se trate de penas privativas de libertad de más de un año de duración.

El artículo 2 de la Ley de Libertad Condicional establece la restricción de que esta institución sólo resultará aplicable respecto de penas privativas de libertad de más de un año de duración, restando para las penas inferiores en los supuestos de ausencia de riesgo, la suspensión condicional de la pena ya analizada.

¹⁸ Así se establece en la Regla XVIII.4 de la Resolución 296/2005.

El hecho de que el precepto haga referencia a “*condenas por penas de más de un año de duración*” plantea la duda sobre si ha de procederse a la acumulación de penas a los efectos de la concesión del beneficio o si la concurrencia del requisito debe de observarse respecto de cada una de las penas que por los distintos delitos se impongan en una misma sentencia o en un conjunto de sentencias que resulten acumuladas. Personalmente considero que la concurrencia del requisito ha de ser analizada desde el criterio de la unidad de ejecución y ello porque el beneficio no condiciona la clase de pena sino la duración de la condena, de suerte que en la tesis adversa nos encontraríamos con que la libertad condicional tendría que ser concedida y aplicada de forma individual y separada para cada pena, lo que llevaría al absurdo de que el sujeto sería excarcelado y después volvería a ingresar en prisión para satisfacer la exigencia del cumplimiento sucesivo de las distintas penas. Esta visión es la que parece mantener el propio artículo 440 del CPP cuando establece que el juez de ejecución habrá de abordar el cómputo definitivo de la sentencia como instrumento previo para definir la fecha a partir de la cual el imputado puede solicitar su libertad condicional. La interpretación supondrá que en los supuestos de acumulación de varias penas de duración inferior al año de privación de libertad, dicha suma formaría parte de la propia resolución del Juez de Ejecución sobre la concesión del beneficio.

2. Que se haya cumplido más de la mitad de la pena.

El propio artículo 2 de la Ley de Libertad Condicional exige para la concesión que el condenado haya cumplido la mitad de la pena impuesta. Nuevamente la consideración habrá de hacerse desde el criterio de unidad de ejecución y, en cuanto tal, habrá de estarse al cómputo definitivo realizado por el juez de ejecución, lo que necesariamente pasará por la consideración en su favor de las reducciones de pena derivadas de indultos o de perdón judicial parcial.

3. Que el condenado no sea reincidente.

La restricción del beneficio a delincuentes primarios viene establecida en el artículo 12 de la Ley de Libertad Condicional, que establece que “*ningún penado reincidente podrá ser puesto en libertad condicional*”, no obstante, la consideración ha de hacerse al momento de la concesión, sin que sea causa de revocación el que el beneficiario sea condenado posteriormente por hechos perpetrados con anterioridad a aquellos que motivaron la concesión de la libertad condicional.

4. Que se haya hecho frente a las responsabilidades civiles.

Si hay un elemento sugerente no sólo de la verdadera contrición del delincuente, sino de la inexistencia de que una libertad vigilada, pero prematura, pueda suscitar un especial agravio a la víctima, es el hecho de que el responsable de un delito haya pagado los daños e indemnizado los perjuicios causados por la infracción (o llegado a un acuerdo con la parte perjudicada para hacerlo), esa es la razón de que tal satisfacción sea también exigida en el artículo 2.d de la Ley de Libertad Condicional, si bien sólo en aquellos casos en los que concurra una real posibilidad de hacerlo, toda vez que caso contrario nos encontraríamos ante una prisión por deudas proscrita en el artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

5. Sobre el grado de calificación del penado.

Puesto que para poder pasar al periodo de prueba a que se refiere el artículo 16 de la LRP se exige haber cumplido un cuarto o un tercio de la pena impuesta (según sea superior o no a

los cinco años de prisión) resulta obvio que toda persona que cumpla el requisito de la libertad condicional de haber cumplido la mitad de la pena impuesta, estaría en condiciones de haber sido calificado en este grado. Esta circunstancia suscita el problema de si podrá interesarse o reclamarse la libertad condicional respecto de quienes, cumplida la mitad de la pena impuesta, se encuentren todavía en el periodo penitenciario de tratamiento. El hecho de que el artículo 2 de la Ley de Libertad Condicional no imponga como presupuesto el que el condenado se encuentre en periodo de prueba penitenciario parecería sugerir una respuesta positiva, no obstante, el régimen legal es precisamente el contrario, siendo este un requisito que deriva de la propia LRP, que en su artículo 17.c considera a la libertad condicional como una medida de prueba y, en cuanto tal, exclusiva de este periodo, por más que el artículo 53 califique el grado como un mero antecedente –que no presupuesto- para la concesión del beneficio. La exigencia configura así una importancia mayor de la administración en la concesión del beneficio, pues la actuación de la administración penitenciaria en modo alguno se limitará a la petición que luego veremos, siendo como es que originariamente le corresponde progresar al condenado del periodo de tratamiento al de prueba.

B. Requisitos subjetivos:

- I. Que haya demostrado hábitos de trabajo y observado una intachable conducta en el establecimiento penitenciario.

Pueden existir varias interpretaciones sobre lo que debe entenderse por “*intachable conducta*” dentro del comportamiento carcelario del recurso. La postura más lógica invita a entender que este comportamiento es predicable de quienes no poseen en hoja de vida penitenciaria calificaciones de conducta mala o pésima en los términos del artículo 52 de la LRP. La existencia de faltas aisladas en el expediente del interno no constituye un obstáculo insalvable a la vista de que pueden llegar a merecer calificaciones de conducta regular o menos que regular, siempre y cuando esta calificación mensual suponga una valoración excepcional entre una tónica habitual de valoración positiva. En el mismo sentido habría que considerar la calificación de *mala* que se muestre como algo excepcional y aislado en la hoja de vida del recluso.

2. Que se encuentre capacitado física y psíquicamente para reintegrarse a la vida social.

La incorporación a la situación de libertad condicional es un instrumento para poner a prueba la capacidad del condenado de integrarse en una vida honrada y las graves consecuencias que tendrá para su régimen de cumplimiento el fracaso durante este el disfrute de ese beneficio, impone que no pueda dificultarse de forma externa el momento de su puesta a prueba. El artículo 3 de la Ley de Libertad Condicional, en su redacción dada por la ley de implementación del Código Procesal Penal, dispone para ello que la propuesta de libertad condicional deberá ir acompañada del informe expedido por un medico legalista, después de haber hecho el examen y las pruebas médicas necesarias para declarar al penado en estado de aptitud para abordar esta vida en sociedad; aptitud que –como el propio artículo 2.c establece- no sólo supone la capacidad física de valerse por si mismo o en la forma en que lo hacía previamente a su ingreso en prisión, sino las condiciones psíquicas de vigor para enfrentarse a una situación de libertad que tras muchos años de prisión puede generar estados de pánico o angustia.

3. Que el estado de rehabilitación del penado, haga presumible que se conducirá bien en libertad.

La exigencia aparece recogida nuevamente en el artículo 2.C de la Ley de Libertad Condicional. La acepción de la expresión “*conducirse bien en libertad*” no debe invitar a que el Juez de Ejecución establezca esquemas morales o actitudinales de idoneidad de comportamiento distintos de la capacidad por respetar las normas del ordenamiento jurídico, habiendo sido más correcto que la ley hablara de un pronóstico de vida honrada en libertad. Si este pronóstico no puede ser un vaticinio, resulta obvio también que ha de ser una confianza otorgada con cierta base objetiva. El hecho de que la libertad condicional se integre –como hemos visto- en el periodo de prueba y la circunstancia de que este haya podido abrirse mucho antes de que se tuvieran satisfechos los términos temporales que la libertad condicional exige, permite vislumbrar que este pronóstico de vida honrada habrá ido configurándose no sólo a la vista del comportamiento del condenado en presidio, sino en los permisos de salida que han podido administrarse previamente.

XI.2.2 Procedimiento para la concesión del beneficio de la libertad condicional

A. Legitimación o capacidad

La Ley de Libertad Condicional, en su redacción dada al artículo 3 por la ley 278/2004, confiere al Alcalde o Director del Centro de Penitenciario una capacidad originaria para la proposición de concesión de la libertad condicional. No obstante, el propio artículo 3 amplía esta capacidad (art. 3.1) al condenado o a cualquier interesado, siempre y cuando se den en el penado los prosupuestos objetivos exigidos por la ley y no haya sido propuesto para el beneficio por la Administración Penitencia. La indicación de capacidad se ha individualizado en este sentido por la Suprema Corte en su Regla VIII de la Resolución 296/2005, que finaliza indicando que están legitimados para promover la libertad condicional: 1) el condenado o condenada, 2) el defensor del condenado o condenada, 3) el juez de ejecución de oficio, 4) el alcalde o director del establecimiento penitenciario y 5) cualquier interesado.

B. La propuesta de concesión.

El artículo 3 de la Ley de Libertad Condicional, en su actual regulación, establece que la propuesta sea presentada por el alcalde o director del centro, conteniendo los siguientes elementos: 1) los datos relativos al penado, 2) la infracción cometida, 3) la fecha de la sentencia condenatoria, 4) la indicación de la residencia escogida por el reo, 5) el nombre y generales de la persona bajo cuyo patronato se pondrá, 6) una declaración firmada por esta persona en la que conste que se compromete a cumplir las obligaciones que a su cargo impongan la ley, el reglamento y el auto de liberación, 7) la constancia de haberse cumplido los requisitos señalados al artículo 2 antes analizados, 8) la opinión favorable de la autoridad penitenciaria sobre el estado de rehabilitación del recluso, 9) el informe expedido por un médico legista en las que – previo examen del penado- se declare a éste apto para reintegrarse a la vida en sociedad.

La propuesta será enviada, obviamente, cuando la administración penitenciaria considere conveniente la concesión del beneficio, posibilitándose en el artículo 3.1 – como se ha dicho- que el condenado o cualquier interesado puedan también solicitarla cuando la libertad condicional un fuera propuesta por aquella.

No obstante, el régimen jurídico de la presentación se amplía en el 444 del CPP. El precepto (reproducido en la Regla VIII.2.a de la Resolución 296/05), con la finalidad de fomentar un dinamismo y compromiso de la Administración Penitenciaria con el estudio de la pertinencia de la libertad condicional en cada caso, impone que el director del establecimiento penitenciario remita al juez los informes necesarios para resolver sobre la libertad condicional un mes antes del cumplimiento del plazo fijado al practicar el cómputo. El sistema asegura que no existan penas privativas de libertad cuya libertad condicional no se analice por indolencia de la Administración y desconocimiento del afectado, sin que sea ello motivo para que la libertad condicional se garantice en todo caso y generalice una disminución del tiempo real de punición fijado por el legislador.

La propuesta ha de ser enviada a través de la Comisión de Supervisión y Reforma Carcelaria. Esta Comisión puede solicitar informes y documentos del penal en que consten las actividades, conductas y vida del recluso, a fin de someter el caso, con sus propias recomendaciones, al Juez de Ejecución.

C. Tramitación ante el juez de ejecución.

Recibidos los informes –con o sin petición de concesión según los casos- el juez de ejecución deberá dar traslado al ministerio público para que emita dictamen en un plazo no mayor de cinco días. Así se establece en el artículo 4 de la Ley de Libertad Condicional, no obstante, nada se dice respecto a la audiencia del resto de interesados, siendo particularmente destacable la omisión del condenado en aquellos supuestos en los que el expediente se haya iniciado en virtud de los informes negativos remitidos por la administración penitenciaria un mes antes de vencer el plazo fijado al practicar el cómputo. La cuestión ha de ser resuelta en el sentido de ser plenamente exigible en principio de contradicción e igualdad de partes, de suerte que el juez habrá de conceder igual plazo que el dado al fiscal para la emisión de su dictamen, o bien optar por la convocatoria a todos a una comparecencia en los términos previstos en el artículo 442 del Código Procesal Penal.

No debe olvidarse que con carácter previo a la resolución, puede el juez de ejecución practicar las diligencias de investigación que tenga por conveniente. Así se recoge en el artículo 3 de la Ley de Libertad Condicional al indicar que “el Tribunal podrá tomar las medidas de lugar a fin de comprobar lo necesario en torno a la real existencia de las condiciones exigidas por la Ley para la concesión de la libertad condicional”, y en el propio artículo 6 que fija que: “El Tribunal competente, antes de decidir sobre la petición de libertad condicional, podrá ordenar las investigaciones que estime convenientes y muy especialmente sobre si el penado es apto para comportarse bien el libertad”.

No obstante, siendo como es que las sugerencias que se deriven de la prueba de oficio pueden conformar de manera decisiva el pronunciamiento sobre la concesión o denegación de la libertad condicional, resulta lógico concluir que la fase de audiencia – oral o escrita- al Ministerio Público y resto de partes interesadas, habrá de abordarse una vez concluida la práctica de estas excepcionales diligencias.

D. Resolución

Practicada esta audiencia el juez de ejecución decidirá, denegando el beneficio en aquellos casos en los que entienda que no concurre alguno de los requisitos antes analizados y concediéndola en caso contrario.

Pese a la indicación de la Regla VIII.6 del reglamento 296/2005, en la que sólo se hace referencia a que debe ser motivada la decisión de otorgamiento de la libertad condicional, debe entenderse que la argumentación es obligatoria en ambos casos.

Sea cual sea el sentido de la decisión, esta no será susceptible de recurso (art. 11 del Ley de Libertad Condicional).

En la eventualidad de que la concesión del beneficio sea rechazada, no podrá reiterarse la petición de concesión hasta transcurridos los tres meses siguientes (art. 444.2 del CPP).

5. En aquellos supuestos en los que se opte por la concesión de la libertad condicional, el juez de ejecución –en la misma resolución– someterá al penado, durante el tiempo que falte hasta la extinción de la pena, al cumplimiento de las obligaciones siguientes (art. 444 del CPP, en relación con el artículo 5 de la L.L.C):
 - a. Residir en el lugar que se determine en el auto –deberá ser el señalado en la petición y es susceptible de modificación posterior por el juez–.
 - b. Cumplir las reglas de conducta que se le señalen, indicándose –a título de ejemplo- la de no ingerir bebidas alcohólicas, someterse a las inspecciones que se establezcan, dedicarse a un oficio, arte, industria o profesión, si no tiene medios propios de subsistencia.
 - c. Concurrir a una escuela si no hubiese completado la instrucción primaria.

No puede terminarse este apartado sin destacar que, conforme reconoce la Regla VIII.7 del Reglamento de los Jueces de Ejecución, las condiciones impuestas para la concesión de la libertad condicional pueden ser reformadas en cualquier momento, bien sea de oficio, bien a petición del condenado. La previsión no recoge la posibilidad de una reforma derivada de petición pública, no obstante, el interés público en el modo de ejecución de la pena, la previsión de poderse reformar de oficio y la circunstancia de que en modo alguno se establezca una prescripción de la reformatio in peius, determinan a considerar la pertinencia de esta realidad.

Por último, si bien el artículo 11 de la Ley de Libertad Condicional dispone que no es susceptible de recurso la disposición que niegue o revoque la libertad condicional, el precepto ha de entenderse derogado, siendo como es que el reciente Código Procesal Penal preceptúa en su artículo 445 que las decisiones relativas a la libertad condicional son apelables.

E. Vigilancia del Cumplimiento.

La vigilancia del cumplimiento de las obligaciones es una atribución del Juez de Ejecución, como así se deriva del contenido conjunto de los artículos 437, 444 y 445 del CPP y ha sido indicado

expresamente en la Regla VIII.7 de la Resolución 296/05. Para la llevanza de esta función, y sin perjuicio de las diligencias que el Juez de Ejecución Penal pueda acordar, la Ley de Libertad Condicional establece una serie de instrumentos, cuales son:

1. La persona que se constituya en patronato deberá informar al Procurador Fiscal del Distrito Judicial donde reside el penado, las faltas cometidas por éste, así como cualquier circunstancia que estime útil (art. 7).
2. El condenado beneficiario está obligado a presentarse cada mes por ante el procurador fiscal indicado, para informarle de lo relativo a su vida, trabajo, ocupación y acerca de lo que el funcionario tenga interés en conocer (art. 8) que pueda tener relación con las condiciones impuestas.

Los miembros de la Policía Judicial del Distrito Judicial donde reside el penado, tienen a su cargo la vigilancia de éste, así como la obligación de guiarle, aconsejarle y evitarle en lo posible que viole las condiciones bajo las cuales fue liberado o cometa nuevos delitos. Estos funcionarios informarán inmediatamente al ministerio público del tribunal que dictó el auto de liberación, la falta de cumplimiento por parte del liberado, de las obligaciones que le imponen el auto de liberación, la ley o los reglamentos, así como de todo aquello que consideren útil y pertinente (art. 16 L.L.C).

F. La revocación de la libertad condicional concedida.

El artículo 14 de la Ley de Libertad Condicional establece que en el caso de que el penado se conduzca bien hasta la expiración del plazo de prueba, su liberación devendrá definitiva.

Por el contrario, el artículo 9 de la Ley de Libertad Condicional autoriza la revocación del beneficio en el supuesto de incumplimiento de las condiciones impuestas, esto es, en aquellos supuestos en los que el beneficiario: 1) no residiere en el lugar indicado o 2) no cumpla con las reglas de conducta que se le indiquen o 3) abandone la obligación de escolarización establecida. No obstante, con relación a esta revocación debe destacarse:

1. Ha diferencia de otros ordenamientos jurídicos, la revocación no se hace depender de una mala conducta, lo que se muestra como un término ambiguo y falta de objetividad, sino que se supedita exclusivamente a la inobservancia de las conductas concretas que se imponen.
2. Para que el incumplimiento pueda generar efectos revocatorios, ha de ser un incumplimiento culpable o injustificado (art. 445 CPP).
3. El incumplimiento no entraña la revocación automática, siendo competencia del Juez de Ejecución valorar su trascendencia y alcance.
4. La revocación por incumplimiento se sujeta al principio de justicia rogada, habiendo de ser interesada por el ministerio público (art. 9 L.L.C y 445 del CPP).

No obstante, el incumplimiento no es la única razón determinante de la revocación del beneficio. Procederá también la revocación cuando el penado cometa una o varias infracciones intencionales. La reiteración delictiva debe aquí ser administrada con las siguientes advertencias:

1. No producirá efectos revocatorios cuando la conducta punible se integre por actuaciones culposas.
2. Consecuencia última del principio de presunción de inocencia, se deriva que la imputación de un nuevo delito no es suficiente para la revocación de la libertad condicional, siendo precisa la condena irrevocable. No obstante, el hecho de que el posterior enjuiciamiento y sus recursos puedan demorar la nueva condena hasta más allá de la declaración de extinción de la responsabilidad primera, hace que –salvo en supuestos de prescripción de la pena- la declaración de extinción habrá de ser revocada y el penado tendrá que cumplir la pena anterior no ejecutada, más la nueva que le haya sido impuesta (art. 10 L.L.C).
3. La revocación por reiteración delictiva, si bien ha de ser declarada por el juez de ejecución, es automática y de producción ex lege.

Debe terminarse indicando que, como la resolución de concesión o denegación, la de denegación o desestimación de la denegatoria es una resolución que ha de ser motivada y cuya legalidad y pertinencia es susceptible de revisión mediante recurso de apelación.

XI.12 La ejecución de las medidas de seguridad

La medida de seguridad es la decisión ejecutiva que adopta un juez o tribunal cuando declara la realidad de una infracción penal al tiempo que niega la imputabilidad de su autor; teniendo la medida que se decida la función de rehabilitación, reeducación y posterior reinserción social del sometido a ella, a fin de evitar y prevenir la comisión de futuras infracciones.

La previsión del anteproyecto de código penal dominicano es el establecimiento de medidas de seguridad con una triple naturaleza: 1. las medidas curativas (cual es el caso del ingreso en centro psiquiátrico, un centro de deshabitación, rehabilitación o terapia o incluso el ingreso en centros de tratamiento especial y educativos en su caso). 2. las medidas de internamiento en centro de trabajo técnico o vocacional y 3. las meras medidas de vigilancia.

La ejecución de las medidas de seguridad, en una predicción de lo que será el futuro código penal, es atribuida al juez de ejecución penal en el artículo 447, estableciéndose un régimen de ejecución idéntico al que hemos venido viendo hasta ahora y que variará en función de que la medida sea de internamiento –con su equiparación a las penas privativas de libertad- o de vigilancia –con un régimen equiparable al control de las decisiones condicionadas-, si bien estableciéndose para todas ellas una serie de particularidades:

- a. Si la imputabilidad se asentara en la incapacidad del sometido, habrá de preverse un representante legal que velará además por la corrección en la ejecución de la medida de seguridad.

- b. A diferencia de la materia penitenciaria, en la que la determinación del centro corresponde a la administración penitenciaria siempre que se respeten las circunstancias penitenciarias del recluso, en materia de medidas de seguridad será el juez de la ejecución el que directamente determine el establecimiento adecuado para la ejecución de las medidas (art. 447.2 CPP), pudiendo para ello ayudarse del criterio de peritos. Esta obligación legal no impide que pueda el juez de ejecución delegar la concreción individual del centro a los servicios públicos correspondientes, siempre y cuando indique las premisas básicas que el centro ha de cumplir en orden a dotar de eficacia a la medida acordada.
- c. En modo alguno puede ejecutarse la medida de seguridad en centros penitenciarios.
- d. El Juez examina periódicamente la situación de quien sufre la medida, sin que la revisión pueda posponerse más allá de los seis meses (art. 447.3 CPP y 119.3° del anteproyecto de CP). La revisión responde a la posibilidad –también recogida en el CPP- de que el juez de ejecución pueda ordenar la cesación de la medida en cualquier momento a la vista de las circunstancias del caso concreto, y si bien la posibilidad contraria no viene recogida en el CPP, la propia naturaleza cautelar de la medida sugiere que esta podrá también sustituirse por una de mayor rigor en aquellos casos en los que la primera haya sido quebrantada, tal y como recoge el artículo 119.7° del anteproyecto del CP, sin que exista previsión legal ninguna sobre si tal camino de agravación podrá abordarse también cuando lo acaecido no sea el quebranto, sino una valoración judicial de insuficiencia de la medida adoptada en sentencia.
- e. La Regla XII.5 de la Resolución 296/05, en un desarrollo que va más allá de lo reflejado en la ley procesal y de lo previsto para el anteproyecto de código penal, indica la posibilidad que tiene el juez de ejecución de ordenar la continuación de la medida de seguridad una vez cumplida la duración y condiciones de las medidas fijadas en sentencia. Esta ampliación de las facultades legales se muestra como de dudosa constitucionalidad, sin perjuicio de las posibilidades que ofrezca el ordenamiento jurídico ajenas a los procedimientos penales.
- f. El artículo 120 del anteproyecto de CP establece una previsión que de ser promulgada entrañará una modificación de la previsión competencial establecida en el artículo 438 del CPP, pues si bien este dispone que *sólo la sentencia condenatoria irrevocable puede ser ejecutada, la previsión legal antes indicada fija que las sentencias que ordenen estas medidas de seguridad se ejecutarán provisionalmente, no obstante cualquier recurso.*

XI.13 Procedimiento sobre la ejecución de la pena de multa

XI.13.1 Introducción

La multa es aquella pena cuyo contenido consiste en la obligación del penado de abonar, voluntaria o forzosamente, una cantidad de dinero con destino al tesoro público. Es pues una sanción

pecuniaria que –conforme al actual código penal- es común a la materia criminal y correccional y respecto de la cual el artículo 52 del CP establece que “*La ejecución de las condenaciones a multa... podrá ser perseguida por la vía del apremio corporal*”.

Su régimen legal, no obstante, puede ser sustituido en breve a la vista del actual proyecto de CP, en el cual se prevén dos tipos de multa:

- a. La pena de multa en sentido estricto o tradicional: que en materia criminal no podrá ser superior a doscientas veces el salario mínimo del sector público; en materia correccional no superar cincuenta veces ese monto y en contravenciones habrá de fijarse entre 1/2 y cuatro salarios mínimos y
 - b. La pena días-multa: Que puede llegar por imposición directa en la que se establece una multa de un determinado número de días (no más de 360) , con una cuota diaria que no podrá exceder de dos veces el salario mínimo del sector público; admitiéndose también que en delitos penados con hasta tres años de prisión, el juez o tribunal pueda sustituir esta pena privativa de libertad por la pena multa que se fije.
- a. Esta dual realidad deben adaptarse las normas que con respecto a su ejecución estableció el legislador en su artículo 446 del CPP.

XI.13.2 Procedimiento de ejecución

Aun cuando el CPP nada dice, la ejecución comenzará mediante orden de requerimiento de pago al condenado. Esta orden de requerimiento se incluirá en el auto ejecutivo de la pena privativa de libertad (artículo 438 CPP) en el caso de que exista una dual imposición de pena, o en un auto ejecutivo inicial y propio en la eventualidad de que la pena pecuniaria sea una pena exclusiva, sin que se entienda por tanto la razón por la que el artículo 446 del CPP atribuye al tribunal sentenciador la competencia para fijar el plazo o periodo para el pago, mas aun cuando inmediatamente después se autoriza al juez de ejecución a conceder un pago en cuotas que dejaría necesariamente sin efecto el término inicial.

El artículo 446 establece que –tras el requerimiento- si el imputado no paga la multa en el plazo que fija la sentencia, habrá de ser citado para que realice una opción de cumplimiento dentro de las posibilidades que la ley le ofrece. Esta regulación impone pues dos actos de comunicación del juzgado de ejecución al condenado, uno primero para el requerimiento de pago y otro tras el vencimiento del término sin haber satisfecho el importe de la multa, para que indique alternativas de cumplimiento. La repetición de comunicaciones es sin embargo innecesaria. Puesto que la ley interpreta el impago en plazo como una iliquidez, y a partir de allí faculta al condenado para que opte entre los trabajos en beneficio de la comunidad, la dación en pago, el pago aplazado o el pago fraccionado, resulta evidente que la práctica judicial simplificará el trámite haciendo un único traslado en el que se requiera para pagar en los términos de tiempo que se fijen y con apercibimiento de que de no poderlo hacer así, comparezca ante el juzgado a fin de indicar por cual de las cuatro alternativas se opta.

Debe destacarse también que el principio de tipicidad y de cumplimiento de pena en sus propios términos, excluyen la posibilidad de que el condenado pueda optar libremente por las soluciones

alternativas y despreciar voluntariamente el pago directo de la multa en los términos que se le otorgaron, de suerte que en la eventualidad de disponer el condenado de cantidades líquidas y no aportar circunstancias que hagan inadecuado su disposición inmediata, el juzgado deberá denegar la opción de cumplimiento subsidiario y proceder al embargo de las sumas dinerarias precisas.

Fuera de este supuesto, el embargo de bienes procederá –tal y como admite el párrafo 2º del artículo 446 del CPP- en los siguientes supuestos: a. cuando el condenado no comparezca; b. cuando en la comparecencia no facilite un medio alternativo de cumplimiento; c. cuando incumpla en trabajo comunitario por el que optó; d. cuando resulte incumplido en pago en el momento al que se pospuso y e. cuando infrinja la atención de cualquiera de los plazos con los que se comprometió.

En lo relativo a los trabajos en beneficio de la comunidad, sorprende su previsión como sistema alternativo de cumplimiento, siendo como es que ni el actual código penal, ni el proyecto de reforma, permiten tal sustitución. En todo caso, podría plantearse la cuestión de si en la medida en que no estén organizados, puede denegarse judicialmente la posibilidad de su opción e imponerse la salida de la dación en pago o el pago fraccionado o aplazado. Personalmente considero que no. El artículo 446 sólo sujeta a la aprobación judicial el pago fraccionado o su aplazamiento, siendo libertad del condenado optar –en la eventualidad de insuficiencia de recursos para hacer frente directo a la multa- entre la dación en pago o los trabajos comunitarios, lo que será por demás la salida ideal para aquellos que sufren una importante penuria económica y precariedad laboral, si bien cuentan con unas condiciones físicas y de tiempo particularmente adecuadas para la aportación comunitaria de su esfuerzo personal.

Respecto a la posposición del pago, sólo la ingenuidad puede llevar a una posposición superior al año, por ser este el tiempo de prescripción de la pena conforme al artículo 439.3. No existirá sin embargo ningún problema en la posposición hasta este límite, por cuanto si se incumpliera, nada impediría los subsiguientes embargos o la prisión sustitutiva, a la vista de que el incumplimiento del término entrañaría el quebrantamiento de la condena que fija el inciso último del artículo 439 del CPP y, en cuanto tal, interrumpiría el plazo de la prescripción.

Cuando la posposición sea fraccionada, el juez de ejecución no sólo deberá fijar las cuotas dentro el término temporal antes indicado, sino que resultará conveniente que fije la periodicidad con que deben hacerse los abonos y el importe de cada uno de ellos, estableciéndose desde la aprobación la manera en que el condenado deberá hacer el ingreso a su propia iniciativa y sin más intervenciones ni requerimientos del juez.

La forma en que tendrá lugar la concreta aportación dineraria y su ingreso en el tesoro público dependerá de las facultades concretas que se otorguen a los juzgados, pudiendo ir desde el pago directo en metálico, el abono con papel de pago o la ideal del pago bancario con aportación de justificante de ingreso.

El código procesal penal reconoce además la transformación de la multa en prisión, siendo evidente que la transmutación es subsidiaria a los cumplimientos alternativos antes analizados, como consecuencia del carácter excepcional que ha de tener la privación de libertad, conforme

con el estatuto definido en el artículo 15.2 del propio CPP. No obstante cuando proceda, los términos de conversión o transformación serán los que en su día se fijen en la reforma del código penal. En este sentido, el artículo 40 del anteproyecto de CP establece –con relación a penas criminales- que *“En caso de insolvencia del condenado, o de su negativa al pago de la pena de multa que se le impuso¹⁹, ésta se compensará con una pena de prisión a razón de un día por cada un uno por cierto del salario mínimo del sector público de multa dejados de pagar, sin que el periodo pueda exceder de dos años”*. En los mismos términos aparece redactado el artículo 43 para las penas correccionales, si bien sorprendentemente con un idéntico límite temporal máximo; mientras que para las multas por contravenciones, el artículo 55 dispone una igual regla de conversión, pero estableciendo un tope máximo de tres meses.

No puede terminarse el análisis sin destacar la posibilidad de recurrir en apelación la transformación de la multa en prisión y que será la Corte de Apelación la que indicará si el recurso tiene o no efecto suspensivo en cada caso concreto.

XI.14 La ejecución de las penas privativas o restrictivas de derechos

Ninguna regulación específica se establece en el CPP respecto a la ejecución de aquellas penas que son privativas o restrictivas de derechos distintos del de la libertad deambulatoria. Ello reside en la sumisión de su ejecución a los preceptos generales establecidos en el párrafo último del artículo 438 (“El Juez ordena la realización de todas las medidas necesarias para cumplir los efectos accesorios de la sentencia”) y en el artículo 442 con relación a la resolución de los incidentes que puedan surgir constante la ejecución de las mandatos. No obstante, la importancia de las condenas a penas de semejante naturaleza, justifica un estudio individualizado de estas penas.

El código penal vigente regula en su artículo 32 lo que denomina la degradación cívica, bajo cuya denominación se engloban las siguientes restricciones de derechos: 1. la destitución o exclusión de los condenados de las funciones, empleos o cargos públicos; 2. la privación del derecho de elegir y ser elegido; y de todos los derechos cívicos y políticos; 3. la inhabilitación para ser jurado o experto, para figurar como testigo en los actos y para dar testimonio en juicio; 4. la inhabilitación para formar parte de un consejo familiar o para ser tutor, curador, pro-tutor o consultor judicial; 5. la privación del derecho de porte de armas, del de pertenecer a la guardia nacional, de servir en el ejército dominicano, de abrir escuelas o de enseñar, o de ser empleado en ningún establecimiento de instrucción en calidad de profesor, maestro o celador. Estas mismas penas son las que en esencia se recogen en los artículos 36 y siguientes del actual proyecto de Código Penal y que vamos a ir analizando.

¹⁹ Obviamente esta mención resulta inadecuada. La insolvencia derivará de la exclusión de bienes del propio condenado y no puede existir en él la opción de sustitución de la pena por las razones antes expuestas.

XI.14.1 La interdicción de los derechos cívicos, civiles y de familia

Coincidiendo en parte con las restricciones de derechos del artículo 32 del actual Código Penal, el artículo 65 del nuevo proyecto determina que la interdicción de los derechos cívicos, civiles y de familia, entraña la prohibición: 1. del derecho al voto; 2. de la elegibilidad; 3. de ejercer una función jurisdiccional o de ser perito ante la jurisdicción o de representar o asistir a una parte en justicia; 4. de prestar testimonio; 5. de ser tutor o curador, excepto de sus propios hijos, después del informe favorable del consejo de familia.

La restricción de estos derechos es por tiempo determinado (en el nuevo código será diez años en supuestos de crimen y cinco en casos de delito) y si bien se indica que los plazos se computan a partir del vencimiento de la pena privativa de libertad impuesta, tal precepto habrá de entenderse aplicable únicamente en aquellos supuestos en los que el cumplimiento simultáneo de ambas penas comporte -por la propia naturaleza de la pena restrictiva de derechos- vaciar de contenido el carácter aflictivo y preventivo de esta. Así, el derecho al voto habrá de ser privado constante la privación de libertad, no teniendo ningún sentido restringirlo después de que haya podido ejercer durante el tiempo que medió entre la sentencia y la salida de prisión del condenado. Más lógico parece la posposición del derecho de sufragio pasivo (posibilidad de ser elegido), si bien existe la experiencia en derecho comparado de condenados por terrorismo independentista o defraudaciones que se han presentado a cargos representativos durante el tiempo de cumplimiento penitenciario.

El modo general para ejecutar las penas limitativas de estos derechos será:

Requerimiento al penado. Cumplida la pena privativa de libertad en su caso, o desde el inicio de la ejecución en el caso contrario, el Juzgado de Ejecución deberá requerir al penado para que, durante el tiempo de la condena, se abstenga de pretender o ejercer los derechos afectados, apercibiéndole que, en caso de incumplir el requerimiento, puede incurrir en un delito de quebrantamiento de condena o desobediencia.

Liquidación de condena: Una vez practicado el requerimiento en los términos vistos, se procederá a efectuar la correspondiente liquidación de condena en relación con la restricción de tales derechos, tomándose como fecha de inicio del cumplimiento de la pena la del requerimiento antes indicado. Practicada la liquidación se dará vista a las partes para que en el término que se les señale hagan las alegaciones que a su derecho convenga y, una vez hecho, se dictará una resolución aprobando definitivamente la liquidación, con las modificaciones pretendidas por las partes que se consideren procedentes.

Testimonios y comunicación a terceros: Practicada la liquidación, y en la medida en que los derechos restringidos sean objeto de control administrativo, además de remitirse oficio al registro de penados, deberá remitirse oficio a mandamiento al órgano de que se trate, con indicación de la liquidación efectuada en cuanto a fecha de inicio y de terminación del cumplimiento, a fin que proceda a la anotación correspondiente. La actuación podrá abordarse así: 1. con relación al derecho de sufragio activo y pasivo -mediante remisión de mandamiento u oficio a la Oficina del Censo-, 2. respecto del derecho de desempeño de la tutelar o curatela, como nota marginal a la del nacimiento del condenado en el registro civil; 3. la prohibición de actuar como perito o

de asistencia a la parte, podrá comunicarse al colegio profesional correspondiente, si fuera una profesión colegiada la afectada. Lógicamente la prohibición de intervenir como testigo no podrá inscribirse en registro ninguno (salvo el de antecedentes penales), y quedará supeditado a la observancia del requerimiento efectuado.

XI.14.2 La inhabilitación para el desempeño de función pública o la inhabilitación para actividad profesional o social

El proyecto de código penal admite su adopción definitiva o temporal (hasta cinco años indica el artículo 66), en la que el condenado retornará a su función pública o profesional una vez transcurrido el tiempo de la condena. La inhabilitación profesional sólo resulta aplicable con respecto a actividades en cuyo ejercicio o con ocasión de las cuales fue cometido el delito y su ejecución concreta se efectuará en los siguientes términos:

1. Orden de cese. El juez de ejecución deberá remitir oficio o mandamiento al ministerio u organismo público de que se trate o a la empresa o empleador en su caso, ordenando que procedan al cese en el concreto puesto de trabajo del penado y comuniquen al juzgado la fecha de su cese.
2. Requerimiento al penado: Respecto de actividades profesionales y sociales, el condenado deberá ser requerido a fin de no ejercer la misma por cuenta propia o para otros empleadores, durante el tiempo de la condena.
3. Liquidación de condena: En los términos antes indicados, si bien debe destacarse que el artículo 68 del proyecto de CP establece que en aquellos supuestos en los que la pena acompañe a una pena privativa de libertad, se aplicará desde el inicio de la privación de libertad y continuará –una vez recobrada la libertad- durante el tiempo que resulte indicado.
4. Nota de condena: Se remitirá copia de condena al registro de penados correspondiente. Como en el supuesto anterior, en aquellos casos en los que la actividad esté reglada y sometida a un órgano rector de esa clase de profesiones, deberá remitirse mandamiento a dicho órgano para que tomen nota de la prohibición y del momento de su terminación.

No puede terminarse sin destacar que el proyecto de código penal fija que la inhabilitación de función pública no incluye aquella que deriva de un mandato electivo. La previsión se asienta en que la prohibición de desempeñar cargos públicos electos en el futuro se integra en la analizada privación del sufragio pasivo, no obstante, se produce así una laguna con relación a los cargos electos que se estuvieran ya desempeñando al momento de la firmeza de la sentencia, obligando así a la terminación del mandato representativo, sin posibilidad de reelección.

XI.14.3 Suspensión, restricción o prohibición de conducir vehículos de motor

Regulada en el art. 45 del proyecto de CP, se distinguiría entre la pérdida definitiva del derecho de conducir (la cancelación de la licencia, que lleva inherente la prohibición de pasar nuevas pruebas para una nueva autorización en el tiempo de cinco años) y la pérdida temporal (hasta cinco años). Esta pérdida temporal del derecho puede además ser parcial, pues puede limitarse al derecho de conducir fuera de la actividad profesional o de conducir algunos vehículos.

La ejecución ordinaria pasaría por:

1. Requerimiento al penado: El juez de ejecución requerirá al penado para que haga entrega del permiso o licencia de conducción y para que se abstenga de conducir durante el tiempo de la condena y en los términos que esta establezca, apercibiéndole que de no hacerlo así podrá incurrir en un delito de quebrantamiento de condena. La licencia, en su caso, se dejará unida en las actuaciones.
2. Liquidación de condena: Se practicará la liquidación de condena, tomando como fecha inicial la del requerimiento, y con los abonos o compensaciones que procedan. Se dará traslado de ella al resto de partes y se aprobará por auto en la forma que ya hemos visto anteriormente.
3. Nota de condena: Aprobada la liquidación se mandará nota –además de al registro de penados- al organismo de tráfico correspondiente a fin de que anoten la cancelación y el tiempo a partir del cual podrá volver a obtener licencia o procedan, en su caso, a registrar la suspensión y el momento a partir del cual se rehabilitará su derecho a conducir. Durante ese tiempo el organismo correspondiente se abstendrá de emitir nuevas licencias o duplicados de la existente.

Esta pena plantea diversas cuestiones prácticas:

1. Aplazamiento en el inicio del cumplimiento de la pena: Es frecuente que el penado, en lamedida en que la sentencia no se le haya autorizado a la conducción profesional, interese al momento del requerimiento –o previamente por escrito- que se aplace el inicio del cumplimiento hasta fechas en las que se minoren los perjuicios laborales. La realidad legislativa de permitir al órgano sentenciador una privación del derecho que no alcance a la actividad laboral, o que no abarque la totalidad de vehículos a motor, justificaría una interpretación negativa, como también ocurriría en la eventualidad de que el condenado, por iguales razones profesionales, solicite fraccionar el cumplimiento de la pena.
2. El fraude en el cumplimiento. Puede ser frecuente que un condenado mientras se sustancia la apelación o hasta la actuación del juez ejecutor, previendo ya la privación del derecho, se persone en el organismo de tráfico y solicite la emisión de un duplicado de la licencia aduciendo haber perdido la anterior; de suerte que al momento de entregar la licencia ante el juez de ejecución, posea un duplicado que facilite su impune conducción entre el tráfico rodado. También puede ocurrir, que con igual finalidad, el condenado

aduzca ante el juzgado de ejecución que no puede entregar la licencia por haberla extraviado. Para evitar tales situaciones parece adecuado solicitar del organismo de tráfico -al momento de remisión de la nota de condena-la fecha en la que se emitió la última licencia o su duplicado. Cuando esta fecha sea posterior a la del inicio de la causa o cuando el condenado alegue en el juzgado no tener licencia por haberla perdido, el juez de ejecución deberá aumentar el celo de su cumplimiento, pudiendo acordar extraordinarias diligencias policiales, en las que se vigile, de manera esporádica y anárquica, la eficacia del mandato.

XI.14.4 Prohibición de portar armas

La prohibición de portar armas que recoge el actual artículo 42 del CP, se desarrolla en el actual proyecto en el artículo 45.6 y 45.7. Dejamos para el análisis específico posterior el del comiso de armas a que se refiere el artículo 45.7, limitándonos ahora a la prohibición de poseer o portar armas propiedad del condenado o de las cuales tiene la libre disposición.

La ejecución consistirá en el requerimiento que habrá de hacerse al condenado para que entregue su licencia o permiso de armas y para que deposite el arma en el organismo público que tenga encomendada la intervención de armas, o en persona que reúna los requisitos legales y reglamentarios para detentarla. Requerido además para que se abstenga de portar o poseer otras bajo apercibimiento de incurrir en un delito de quebrantamiento de condena, se procederá conforme con la ejecución de las penas anteriormente descritas.

XI.14.5 El destierro o la interdicción de uso del territorio dominicano

Si el actual artículo 37 del CP prevé la pena de destierro, que es sustituida en el proyecto de código puntivo, por la pena de interdicción de uso del territorio dominicano, aplicable únicamente a extranjeros culpables un un crimen o delito contra el territorio, pero por tiempo superior al que se fija para el destierro (frente a la duración de uno a tres años del destierro, la actual pena se configura como interdicción temporal de hasta diez años o interdicción a perpetuidad).

La ejecución supondrá la coordinación del juez de ejecución con el Ministerio del Interior, quien tendrá como misión vigilar la salida del extranjero del territorio nacional en la eventualidad de que el penado convenga con el Juzgado su salida voluntaria o que habrá de proceder a la conducción y expulsión en los casos en los que la salida deba llevarse a término de manera o de manera in consentida. En cualquier caso, la fecha de salida deberá estar previamente determinada, de suerte y manera que sea posible abordar la liquidación y su aprobación y poder requerir a la parte antes de su salida para que cumpla con el periodo de prohibición de retorno. El juez deberá remitir oficio al Ministerio del Interior para que las fuerzas de seguridad puedan llevar a efecto la prohibición de retorno.

XI.14.6 Interdicción de residencia

Conforme al proyecto de CP, la pena implicará la prohibición de presentarse en ciertos lugares determinados por el juez o tribunal sentenciador; no obstante, el proyecto prevé que la lista de lugares prohibidos pueda ser modificada por el juez de ejecución de penas. La prohibición (que

puede llegar hasta los diez años), se aplicará desde el comienzo de la pena y su ejecución se perseguirá por el plazo fijado en la sentencia de condena, a partir del día en el cual la privación de libertad ha cesado, ello supone:

1. Cuando no acompañe a pena privativa de libertad. Ningún problema existirá para abordar una ejecución como la que hemos indicado anteriormente. Requerido el penado para abstenerse de acudir a los lugares prohibidos, se abordará la liquidación que tendrá un momento cierto de conclusión.
2. Cuando vaya con pena privativa de libertad: El hecho de que se aplique desde el comienzo de la pena asegura que no estará sin efecto en la eventualidad de que el recluso goce de algún permiso de salida, no obstante, la imprevisión de cuántos días de libertad gozará el penado durante su régimen penitenciario, impide una liquidación hasta el momento en que goce de un régimen abierto estable. En cualquier caso el requerimiento de no asistir a los lugares prohibidos deberá existir desde el inicio de la ejecución o –cuando menos desde que se inicie el régimen de permisos.

En cuanto a la vigilancia del cumplimiento, además de su remisión a los órganos policiales, el Juez de Ejecución habrá de remitir comunicación a los distintos lugares cuando estos estén perfectamente definidos, si bien en los demás casos, no cabrá más control que el policial.

XI.14.7 Exclusión de participar en concursos públicos

Implicando esta la prohibición de intervenir directa o indirectamente en toda licitación o concurso organizado por el Estado, sus instituciones descentralizadas, las empresas objeto de capitalización y los Municipios, resulta imposible remitir oficio haciendo constar la prohibición a todos los posibles destinatarios, ni registrarla en un organismo que facilite la publicidad a todos ellos. Fuera del requerimiento al penado no existirá otro mecanismo generalizado de ejecución, no obstante, cuando previamente a la sanción hubiere habido una actividad mercantil estable y reiterada con alguno de estos organismos, el Juez de Ejecución lo podrá poner en su conocimiento, como podrá publicar también la prohibición en medios de comunicación en aquellos casos en los que lo aconseje la importancia previa de la entidad o condenado y su notoriedad pública.

XI.14.8 Los trabajos en beneficio de la comunidad

XI.15 La ejecución de las penas accesorias

Las mismas no son propiamente ni una pena, ni una medida de seguridad, ni forman parte de la responsabilidad civil, sencillamente se trata de una nueva categoría de efectos predicables de la comisión de algunos tipos de ilícitos penales, que son tratados como una sanción más.

XI.15.1 El comiso de los efectos e instrumentos del delito

Recogido en el actual artículo 11 del CP, que establece que “es pena la confiscación especial del cuerpo del delito, cuando se propiedad del condenado, la de las cosas producidas por el delito, y por último, la de aquellas que sirvieron para su comisión o que se destinaron a ese fin”.

Son susceptibles así de confiscación:

1. Los efectos que provengan de la infracción penal siempre y cuando, claro está, no sean el objeto de la infracción misma –como el dinero en el robo o la estafa en cuyo caso procederá su devolución al propietario. La interpretación del concepto ha de ser restrictiva, entendiéndose por tales efectos únicamente los objetos creados, transformados o adulterados a través de la realización de la propia infracción penal, incluyendo las propias ganancias provenientes del delito o falta cualquiera que fuera la transformación que hubiera podido experimentar.
2. Los instrumentos de ejecución. Son los medios empleados para la comisión del delito.

La regla XI, de la resolución 296/2005 dispone que el juez procederá en los siguientes términos: “Entrega de los objetos secuestrados a quien tenga derecho para poseerlos, según lo decida la sentencia condenatoria...y...Ejecuta el decomiso y destrucción ordenados en la sentencia y previsto en la ley, salvo los procedimientos establecidos por leyes especiales”.

La previsión es incompleta pues tras la devolución de los objetos a los legítimos tenedores, es lo cierto que la alternativa restante no se limita a la destrucción, sino que habrá que distinguir entre bienes de lícito o ilícito comercio. Cuando los bienes decomisados sean de lícito comercio serán vendidos en pública subasta, aplicándose el producto a cubrir en su caso las responsabilidades civiles, a cuyo efecto se pondrán a disposición del juez que las ejecute, o procediendo en caso contrario a su ingreso en el tesoro público; siendo los de ilícito comercio, esto es, los que estén sometidos a determinadas prohibiciones derivadas de la ley penal, civil o administrativa, aquellos respecto de los cuales se procederá a la destrucción.

Existen, sin embargo, determinados supuestos especiales:

1. Los previstos en la Ley No. 50-88, sobre Drogas y Sustancias Controladas de la República Dominicana del 30 de mayo del 1988, y sus modificaciones y Decreto No. 288-96 que contiene el Reglamento de la Ley 50-88.
2. Los recogidos en la Ley No. 64-00, Ley General sobre Medio Ambiente y Recursos Naturales, del 18 de agosto del 2000.
3. Lo preceptuado en la Ley No. 42-01, General de Salud, del 8 de marzo del 2001.
4. El régimen previsto en la Ley No. 72-02 contra el Lavado de Activo Proveniente del Tráfico Ilícito de Drogas y Sustancias Controladas y otras Infracciones Graves, del 7 de junio del 2002.
5. Cuando se trata de efectos e instrumentos del delito, se plantea la cuestión del principio de proporcionalidad, siendo como es que en ocasiones el valor de los mismos puede exceder en mucho a la gravedad de la conducta e incluso a la de la pena impuesta. En este sentido parece adecuado no proceder al comiso, razón por la que el artículo 45.11 del proyecto de CP faculta para acordarlo o no cuando se trate de cosas que han servido o estaban destinadas para cometer la infracción o la que ha sido su producto. En el mismo sentido se faculta a acordar o no en el comiso de vehículos de motor (art. 45.4) o de armas (45.7).

El hecho de que los bienes decomisados respondan de las responsabilidades civiles y la circunstancia de que esta no sea ejecutada por el Juez de Ejecución, plantea la cuestión de cómo administrar la realización de tales efectos. La lógica parece invitar a que sea el Juez de Ejecución el que proceda a la incautación y conservación de los bienes (haciéndose cargo de los gastos inherentes a la misma) y proceda más tarde a su realización o destrucción. En la eventualidad de ser vendidos en pública subasta, pondrá el montante a disposición del juez que esté procediendo a la ejecución civil si el procedimiento se hubiere iniciado y fuere conocido, caso contrario, procederá a su ingreso en el tesoro público, sin perjuicio de la facultad del juez de ejecución civil de reclamar a este el importe de las responsabilidades civiles y hasta el límite de la suma realizada e ingresada.

Los problemas que esta cuestión suscita son el de no resolverse quién habrá de proceder a la restitución de la cosa decomisada al perjudicado, si el juez de ejecución penal o aquel que proceda a la ejecución civil y la necesidad de un desarrollo reglamentario del sistema de depósito y custodia de los efectos decomisados.

XI.15.2 La clausura de establecimiento

Entrañará el requerimiento al penado de no aperturar, con apercibimiento de incurrir en delito de quebrantamiento de condena. La orden puede ser reforzada mediante orden a los órganos administrativos para la revocación de las licencias concedidas al efecto y mediante orden a las empresas de suministros de agua, gas, luz o teléfono, de suspender sus contrataciones y no abordar ninguna otra en dicho local sin previa autorización del juzgado ejecutante, el cual abordará el análisis de si peticiones futuras pueden entrañar o no un fraude de ley.

XI.15.3 La publicación de la sentencia

La publicación conforme al proyecto de CP deberá hacerse por carteles o difusión pública. Será el Juez de Ejecución el encargado de su concreción, si bien los costos estarán a cargo del condenado y no podrán exceder del máximo de la multa aplicable.

XI.16 Las costas procesales

El artículo 246 del Código Procesal Penal establece que toda decisión que ponga fin a la persecución penal se pronunciará sobre las costas procesales. El mandato se complementa con el artículo 249, que preceptúa que las costas serán impuestas al condenado a una pena o medida de seguridad, incluso cuando el procedimiento sea de acción privada (art. 253). La condena en costas, como pronunciamiento económico de la sentencia que ha de ser ejecutado, corresponde al Juez de Ejecución, que lo llevará a efecto con las siguientes consideraciones:

- I. Corresponde al tribunal sentenciador no sólo el pronunciamiento condenatorio, sino el porcentaje que a cada condenado corresponde cuando sean varios los sancionados por el mismo hecho (art. 249 CPP).

2. La liquidación de las costas se practicará en el término de tres días, siendo competencia del Secretario del juzgado o tribunal sentenciador, tal y como se deriva del hecho de que el artículo 254 del CPP atribuya expresamente a este órgano la competencia para la revisión de la tasación declarada.
3. Una vez resuelta su liquidación, corresponderá al juez de ejecución la realización de los créditos que de ella se derivan, procediéndose previamente al requerimiento de pago, para pasar posteriormente a la vía de apremio prevista para la satisfacción de débitos económicos.
4. En la eventualidad de que los recursos económicos así obtenidos sean insuficientes para la satisfacción completa de las responsabilidades civiles y las costas procesales causadas, serán preferentes aquellas sobre estas.

XI.7 La ejecución de los pronunciamientos civiles de la sentencia

El artículo 448 del Código Procesal Penal dispone que la ejecución de la sentencia en cuanto a los intereses civiles y la ejecución de los acuerdos de las partes sobre la reparación del daño que provoca la extinción de la acción penal se tramitan ante la jurisdicción civil, lo que producirá no pocos problemas en los supuestos de la realización económica de bienes.

Unidad XII

La Fundamentación Fáctica y Jurídica de las Resoluciones Judiciales

Autor

Manuel Bellido Aspás

Contenido

• La Exigencia Legal de Motivación • Funciones de la Motivación • Contenido de la Motivación • Libre Valoración de las Pruebas y Motivación • La Motivación de los Hechos • Motivación de la Premisa Normativa • La Individualización de la Pena y su Motivación • Exigencia de una Motivación Reforzada • Las Patologías de la Motivación • Contenido y Redacción de la Sentencia Penal

XII.1 Introducción

La configuración del Estado moderno como un Estado democrático está estrechamente relacionada con la obligación que se impone a los jueces de motivar sus resoluciones, en cuanto la motivación sirve de legitimidad democrática de la actuación jurisdiccional y permite el control de las resoluciones judiciales.

La fundamentación de las resoluciones judiciales se convierte en un requisito esencial para la satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva, que no puede entenderse limitado al acceso a la justicia o a los recursos, sino, también, a obtener una resolución motivada, congruente y que dé respuestas a las cuestiones planteadas en el proceso. Esta explicación o justificación de la resolución judicial debe tener por objeto tanto los aspectos jurídicos como fácticos de la controversia, aspecto éste descuidado en muchas ocasiones.

Este deber de motivar tiene un alcance general, sin que se requiera de una norma específica que lo establezca para cada concreta resolución, y obliga también en caso de silencio de la ley al respecto o aún cuando la ley excluya explícitamente la motivación (como ha sucedido alguna vez en determinados códigos penales militares).¹

Junto a esta obligación general de motivación de las resoluciones existe un deber reforzado en determinados supuestos, en los que los derechos en juego exigen extremar la justificación que de su decisión realiza el juez.

XII.2 La exigencia legal de motivación

En el ámbito territorial europeo diversas instituciones han puesto de manifiesto el deber que se impone a los jueces de motivar sus resoluciones. Así, el Consejo de Europa, en su Recomendación n° (94) 12, dentro del Principio dedicado a las Responsabilidades Judiciales, incluye la de “motivación su decisión clara y completamente, utilizando expresiones fácilmente comprensibles”.

También dentro del Consejo de Europa, dos países pertenecientes al Consejo Consultivo de Jueces Europeos, en el sumario de las respuestas a las preguntas formuladas sobre la conducta, ética y responsabilidad de los jueces, recogen como una de las obligaciones que se imponen a éstos la de motivar sus resoluciones. En concreto Bélgica considera que los jueces están obligados, de acuerdo con la Constitución, a fundar las razones de sus decisiones. Y Malta que los jueces deben proporcionar las razones de sus decisiones.

¹ J. IGARTUA SALAVERRÍA, La motivación de las sentencias, imperativo constitucional. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Cuadernos y debates, n° 149, Madrid 2003, p. 22.

En el ámbito jurisprudencial, el TEDH ha interpretado el art. 6.1 del CEDH² -que establece el derecho de toda persona a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable por un Tribunal independiente e imparcial-, entendiendo que obliga a los tribunales a motivar sus sentencias. En concreto, la sentencia del TEDH 1999/1, de 21 de enero de 1999³, recuerda que, según constante jurisprudencia, es principio ligado a la buena administración de la justicia el que “las decisiones judiciales deben señalar de manera suficiente los motivos en los que se fundan” y que “el alcance de este deber puede variar según la naturaleza de la decisión y debe ser analizado a la luz de las circunstancias de cada caso”.

En lo que respecta a las constituciones, algunas establecen expresamente la obligación de motivar las resoluciones. Es el caso de la Constitución Española de 1978, cuyo art. 120.3 dispone: “Las sentencias serán siempre motivadas y se pronunciarán en audiencia pública”, y la Constitución Italiana de 1947, en el art. 111: “Todas las decisiones judiciales deben ser motivadas”.

La Constitución de la República Dominicana no contiene un precepto específico que imponga a los jueces la obligación general de motivar sus resoluciones. Tan solo en su art. 8.2, apartados b) y f) impone la obligación de motivar las órdenes judiciales que acuerdan la prisión o el traslado de un detenido de un establecimiento penitenciario a otro lugar⁴. No obstante, la obligación de motivar las resoluciones es materia que pertenece a la legalidad procesal ordinaria, de manera que la falta de un principio constitucional general en modo alguno puede servir de excusa para incumplir esta obligación motivadora, que sí viene recogida en otros preceptos legales, entre los que destaca, en el ámbito del proceso penal, el artículo 24 del Código Procesal Penal, que configura la motivación de las decisiones judiciales como uno de los principios fundamentales del proceso penal dominicano, imponiendo expresamente a los jueces la obligación de motivar sus decisiones, mediante una clara y precisa indicación de la fundamentación⁵.

Con anterioridad a la entrada en vigor del CPP, la Suprema Corte de Justicia, en su resolución 1920/2003, ya había declarado la motivación de las decisiones judiciales como uno de los principios fundamentales que configuran el proceso judicial dominicano, atendiendo a los principios fundamentales contenidos en la CRD y en la normativa supranacional⁶. La citada resolución

2 Art. 6.1 CEDH: “Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por la Ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella...”.

3 Con mención de las sentencias Ruiz Torija e Hiro Balani contra España de 9 de diciembre de 1994 y Higgins y otros contra Francia de 19 de febrero de 1998.

4 Art. 8.2 b) CRD: “Nadie podrá ser reducido a prisión ni cohibido en su libertad sin orden motivada y escrita de funcionario judicial competente, salvo el caso de flagrante delito”. Art. 8.2 f) CRD: “Queda terminantemente prohibido el traslado de cualquier detenido de un establecimiento carcelario a otro lugar sin orden escrita y motivada de la autoridad judicial competente”.

5 El Código Procesal Penal, aprobado por la Ley 76-02, del 19 de julio de 2002, entró en vigor en el año 2004, y en su artículo 24 dispone: “Los jueces están obligados a motivar en hecho y derecho sus decisiones, mediante una clara y precisa indicación de la fundamentación. La simple relación de los documentos del procedimiento o la mención de los requerimientos de las partes o de fórmulas genéricas no reemplaza en ningún caso a la motivación. El incumplimiento de esta garantía es motivo de impugnación de la decisión, conforme lo previsto en este código, sin perjuicio de las demás sanciones a que hubiere lugar”.

6 Aunque la Resolución No. 1920/2003 menciona como norma internacional que impone la obligación de motivar las decisiones al artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, lo cierto es que la norma hace referencia, como modalidad del derecho a la tutela judicial efectiva, al derecho de toda persona a un recurso efectivo ante los jueces y tribunales competentes, que la ampare contra los actos que violen los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la propia Convención, pero sin una mención específica a la necesidad de motivar la resolución judicial que recaiga que, por el contrario, si viene expresamente exigida en el artículo 66 CADH para las resoluciones dictadas por la propia Corte. En cuanto a la normativa interna de la que se desprende el deber de motivar, la Resolución No. 1920/2003 menciona el artículo 15 de la Ley 1014, de 1935, el artículo 141 del Código de Procedimiento Civil y el artículo 24 (sic) de la Ley No. 3726 de 1953, reguladora

señala los efectos benéficos de la obligación de motivar: en primer lugar, es fuente de legitimación del juez y de su decisión, en cuanto permite que la decisión pueda ser objetivamente valorada y criticada, evitando el prejuicio y la arbitrariedad; en segundo lugar, facilita la labor revisora y el control jurisdiccional por los tribunales superiores, al conocer de los recursos, en cuanto la motivación muestra los fundamentos de la decisión judicial recurrida e, incluso, las razones jurídicas esgrimidas por el magistrado que discrepa del voto mayoritario mediante un voto particular, que también debe estar motivado.

El CPP, además de considerar la motivación como uno de los principios fundamentales del proceso penal, se refiere expresamente a ella en diversos apartados de su articulado. Esto no significa que en los demás supuestos en los que el Código Procesal no exige expresamente la motivación de la decisión judicial ésta no deba serlo, al contrario. La expresa exigencia de fundamentación debe ser entendida como un deber reforzado por la trascendencia de la decisión.

A continuación se recogen los supuestos y los artículos en los que el CPP impone un deber expreso de motivación de la decisión judicial.

1. Motivación de las decisiones (artículo 24)

Con carácter general el CPP impone a los jueces la obligación de motivar en hecho y derecho sus decisiones, mediante una clara y precisa indicación de la fundamentación. Proscribe técnicas de falsa motivación, al indicar que la simple relación de los documentos del procedimiento o la mención de los requerimientos de las partes o fórmulas genéricas no reemplaza en ningún caso a la motivación. Y termina señalando las consecuencias del incumplimiento de la motivación, motivo de impugnación de la decisión, conforme a lo previsto en el CPP, sin perjuicio de las demás sanciones a que hubiere lugar.

2. Revocación de la suspensión condicional (artículo 42).

Requiere decisión expresamente motivada la revocación de la suspensión condicional y la consiguiente continuación del procedimiento para el caso de que el imputado se aparte, en forma considerable e injustificada, de las condiciones impuestas, cometa una nueva infracción o incumpla con los acuerdos sobre la reparación.

3. Trámite de la inhibición y recusación (artículos 78 y 82).

El juez que se inhiba o, el propio juez recusado –si admite la recusación–, debe remitir las actuaciones por resolución fundada a quien deba reemplazarlo.

4. Negación o suspensión de la cooperación judicial internacional (artículo 157).

del procedimiento de casación, si bien en esta última mención parece haberse deslizado un error; por cuanto es el artículo 23 el que dispone la nulidad de la sentencia recurrida en casación por carecer de motivación. Por otra parte, el artículo 141 de la Ley de Procedimiento Civil se limita a establecer los distintos apartados que debe contener la sentencia, sin más consideraciones, indicando que: "...contendrá los nombres de los jueces, del fiscal y de los abogados; los nombres, profesiones y domicilio de las partes; sus conclusiones, la exposición sumaria de los puntos de hecho y de derecho, los fundamentos y el dispositivo".

Se exige resolución motivada para negar la cooperación judicial internacional solicitada cuando el órgano judicial considere que la solicitud vulnera garantías y derechos de las partes, o para suspenderla en caso de que su ejecución inmediata perjudique el curso de una investigación o de un juicio que se desarrolle en la jurisdicción requerida.

5. Valoración de la prueba (artículo 172).

El juez o tribunal debe explicar las razones por las cuales otorga determinado valor a cada uno de los elementos de prueba, conforme a las reglas de la lógica, los conocimientos científicos y las máximas de experiencia, con base a la apreciación conjunta y armónica de toda la prueba.

6. Práctica de registros

- a. Ejercicio de facultades coercitivas (artículo 178). La restricción de circulación y ambulatorias requieren de resolución judicial motivada si han de prolongarse por más de seis horas.
- b. Registro nocturno (artículo 179). Los registros nocturnos –fuera del horario comprendido entre las seis horas de la mañana y las seis horas de la tarde- efectuados en lugares cerrados o cercados requieren resolución judicial motivada.
- c. Registro de moradas y lugares privados (artículo 180). Su práctica requiere orden de allanamiento expedida mediante resolución judicial motivada.

7. Práctica de secuestros de objetos y documentos

- a. Orden de secuestro (artículo 188). Es expedida por el juez en resolución fundada.
- b. Secuestro de correspondencia (artículo 191). El secuestro de la correspondencia epistolar o telegráfica, remitida por el imputado o destinada a él, aunque sea bajo nombre supuesto, requiere de resolución judicial fundada.
- c. Interceptación de telecomunicaciones (artículo 192). La resolución judicial que autoriza la interceptación o captación de comunicaciones, mensajes, datos, imágenes o sonidos transmitidos a través de redes públicas o privadas de telecomunicaciones por el imputado o cualquier otra persona que pueda facilitar razonablemente información relevante para la determinación de un hecho punible, debe indicar todos los elementos de identificación de los medios a interceptar y el hecho que motiva la medida, que tiene carácter excepcional,

8. Medidas de coerción

- a. Principio general (artículo 222). Partiendo del derecho de toda persona a la libertad y seguridad personal, la adopción de medidas de coerción tiene carácter excepcional y sólo pueden ser impuestas mediante resolución judicial motivada y escrita, por el tiempo absolutamente indispensable y a los fines de asegurar la presencia del imputado en el procedimiento.

b. Revisión de las medidas de coerción (artículo 238). Se exige resolución judicial motivada para revisar, sustituir, modificar o hacer cesar las medidas de coerción.

9. El juicio

a. Publicidad del juicio (artículo 308). El juicio es público, sin embargo, el tribunal, de oficio o a petición de parte, y en determinados supuestos⁷, puede acordar mediante resolución motivada que se realice total o parcialmente a puerta cerrada.

b. Oralidad del juicio (artículo 311). Durante el juicio las resoluciones son dictadas, fundamentadas y explicadas verbalmente por el tribunal y valen como notificación a las partes presentes o representadas desde el pronunciamiento, lo que se hace constar en el acta del juicio.

c. Participación de los medios de comunicación (artículo 309). Como regla general se permite la presencia de los medios de comunicación en la sala de audiencia, en la que pueden instalar sus equipos técnicos para informar la público sobre las incidencias del juicio. Para prohibir este derecho de información es necesario auto debidamente fundado del tribunal, cuando resultan afectados determinados intereses⁸ o se limite el derecho del imputado a un juicio imparcial y justo.

10. La sentencia

a. Normas para la deliberación y votación (artículo 333). El precepto impone a los jueces que conforman el tribunal la apreciación integral de cada uno de los medios de prueba producidos en el juicio, conforme a las reglas de la lógica, los conocimientos científicos y las máximas de experiencia, de modo que las conclusiones a que lleguen sean el fruto racional de las pruebas en las que se apoyan y sus fundamentos de fácil comprensión. También exige que los votos disidentes o salvados se fundamenten y hagan constar en la decisión.

b. Requisitos de la sentencia (artículo 334). La sentencia debe recoger el voto de cada uno de los jueces con exposición de los motivos de hecho y de derecho que los fundan, o su adhesión a las consideraciones y conclusiones formuladas por quien vota en primer término; la determinación precisa y circunstanciada del hecho que el tribunal estima acreditado judicialmente y su calificación jurídica; y la parte dispositiva con mención de las normas aplicables.

11. Procedimiento para contravenciones (artículo 356).

Parece admitir la sentencia "in voce", documentándola en el acta (remisión al artículo 346).

7 Estos supuestos son: 1. Que afecte directamente al pudor; la vida privada o la integridad física de alguno de los intervinientes; 2. Que ponga en peligro un secreto oficial autorizado por la ley, o un secreto particular, comercial o industrial, cuya revelación indebida resulte punible.

8 Ver nota anterior.

12. Procedimiento para asuntos complejos (artículo 369).

El juez puede autorizar, mediante resolución motivada, la aplicación de las normas especiales previstas en el título dedicado al procedimiento para asuntos complejos.

13. Recurso de apelación

a. Decisión del recurso de apelación (artículo 415). La Corte de Apelación resuelve en resolución motivada la estimación o desestimación del recurso.

b. Motivos del recurso de apelación contra la sentencia (artículo 417.2). Se recoge como uno de los motivos en que puede fundarse el recurso de apelación la falta, contradicción o ilogicidad manifiesta en la motivación de la sentencia recurrida.

14. Recurso de casación (artículo 426.3).

La manifiesta falta de fundamentación de la sentencia recurrida es uno de los casos que justifica el recurso de casación, siempre que haya habido inobservancia o errónea aplicación de disposiciones de orden legal, constitucional o contenidas en los pactos internacionales en materia de derechos humanos.

15. Incidentes relativos a la ejecución y extinción de la pena (artículo 442).

El juez de la ejecución penal resuelve los incidentes relativos a la ejecución y extinción de la pena por resolución motivada contra la que cabe recurso de apelación.

16. Revocación de la libertad condicional (artículo 445).

La revocación de la libertad condicional exige resolución judicial motivada.

17. Transformación de la multa en prisión (artículo 446).

En los casos en que legalmente procede, el juez puede transformar la multa en prisión mediante resolución motivada, después de citar al ministerio público, al imputado y a su defensor, y oír a quienes concurran.

XII.3. Funciones de la motivación

La motivación cumple tres funciones básicas relacionadas con todos los operadores que intervienen en el proceso. En primer lugar, cumple una función que podemos denominar “endoprocesal”, en cuanto permite el control del proceso, tanto por las partes como por el tribunal que resuelve el recurso contra la resolución dictada. En segundo lugar, facilita un control general y difuso por parte de los ciudadanos, constituyendo un modo de legitimar la función jurisdiccional. Por último, constituye la mejor garantía de que el propio juez que dicta la resolución extremará el control “de

calidad”, conocedor de que los motivos de su decisión, expuestos en la resolución, serán objeto de valoración por las partes, los tribunales superiores y los ciudadanos.

XII.3.1. Funciones endoprocesales

La primera función que persigue la motivación de las resoluciones judiciales es la de facilitar el proceso. Tiene, por tanto, la naturaleza de un instrumento técnico-procesal, que cumple, a su vez, dos finalidades primordiales en función del destinatario: posibilita el control de la resolución judicial por las partes que intervienen en el proceso y por los tribunales que han de resolver los recursos que, en su caso, se puedan interponer.

A esta función endoprocesal se refiere la Resolución 1920-2003 de la Suprema Corte de Justicia al afirmar que la motivación de la sentencia “permite que la decisión pueda ser objetivamente valorada y criticada, garantiza contra el perjuicio y la arbitrariedad, muestra los fundamentos de la decisión judicial, facilita el control jurisdiccional en ocasión de los recursos; en vista de que la conclusión de una controversia judicial se logra mediante la sentencia justa, para lo cual se impone a cada juez, incluso con opinión disidente, la obligación de justificar los medios de convicción en que la sustenta, constituyendo uno de los postulados del debido proceso...”.

Por tanto, dos son las funciones endoprocesales: control de las partes –privatístico- y control de los tribunales que resuelven los recursos –control burocrático-.

a. Control privatístico

La motivación de las resoluciones permite que las partes puedan conocer el razonamiento lógico y jurídico realizado por el juez y que éste, a su vez, pueda explicar y justificar la decisión adoptada.

Tratándose del proceso penal las partes deben conocer las razones por las que el imputado ha sido condenado o absuelto, sin que sea suficiente con el encaje de los hechos probados en la norma jurídica, ya que las razones del juzgador pueden quedar ocultas. Se trata de facilitar la comprensión por el justiciable de las consecuencias de la decisión judicial y de su contenido.

Este deber del tribunal constituye una garantía del justiciable incardinada dentro del derecho a la tutela judicial efectiva –recogida en el artículo 24 CE –, que garantiza la obtención de una resolución judicial fundada no solo en Derecho, sino también fundada en cuanto a los hechos. En este sentido se ha pronunciado el TC español en múltiples sentencias, entre ellas la STC 49/1992, de 2 de abril, según la cual el derecho a la tutela judicial efectiva “comprende, no sólo el derecho de acceso a los Tribunales para interponer pretensiones u oponerse a ellas, sino también el derecho a obtener por parte del órgano judicial, en todas y cada una de las instancias, una resolución motivada, razonada y congruente con la pretensión deducida así como con su respectiva resistencia u oposición”. En este contexto “la exigencia de motivación suficiente es, sobre todo, una garantía esencial del justiciable mediante la cual se puede comprobar que la resolución dada al caso es consecuencia de una exigencia racional del ordenamiento y no el fruto de la arbitrariedad”. La citada sentencia concluye que “una sentencia que en nada explique la solución que proporciona a las cuestiones planteadas, sin que pueda inferirse tampoco cuáles sean las razones próximas o remotas que justifican aquélla, es una resolución judicial que no sólo viola la ley, sino que vulnera también el derecho a la tutela judicial consagrado en el artículo 24.1 de la Constitución”.

Frente a otras opiniones, algunas recogidas en resoluciones jurisprudenciales⁹, considero que la motivación no debe perseguir como finalidad necesaria la de lograr el convencimiento de las partes, en cuanto es una meta de difícil consecución que no depende necesariamente de la corrección o justicia de la resolución sino, más bien, de la satisfacción de los intereses en juego. Cuestión distinta es que la correcta fundamentación y motivación de una resolución permite desterrar en las partes –en especial en la que resulta vencida o más afectada- toda idea de arbitrariedad, aun cuando no esté conforme ni convencida con la decisión adoptada. Se puede discrepar de una sentencia –no aceptando sus argumentos- y, sin embargo, no considerarla arbitraria. La motivación como instrumento de justificación racional de la decisión judicial sirve para controlar cualquier atisbo de arbitrariedad y, en este sentido, constituye un importante mecanismo de legitimación de la función judicial. En expresión de WROBLEWSKI¹⁰ “la decisión debe exponerse no como un acto arbitrario sino como el resultado de un razonamiento, que puede ser racionalmente presentado y, también, racionalmente controlado”.

b. Control burocrático

La motivación también permite el control de la resolución por los tribunales que deben resolver los posibles recursos que se interpongan. La exposición clara y detallada de la fundamentación fáctica y jurídica de la resolución recurrida permite que el tribunal ad quem pueda comprobar si la decisión judicial se ajusta a la legalidad y a la lógica, controlando que no sea arbitraria e, incluso, posibilita la afirmación del principio de igualdad, pues, la motivación expone razones, interpretaciones y tomas de posición que vincularán, en cierta medida, al juez o tribunal a la hora de dictar futuras sentencias¹¹.

Se establece así una clara vinculación entre el deber de motivar las resoluciones judiciales y el derecho a la tutela judicial efectiva, en su modalidad de acceso a los recursos¹², a la que expresamente se refiere la STCE 55/87¹³, en cuanto es un requisito indispensable en dos aspectos: el primero en relación a la parte recurrente, al ya se ha hecho referencia con anterioridad, al permitirle verificar el acierto o desacierto de la decisión judicial y valorar el posible éxito del recurso; el segundo respecto del tribunal superior, ya que solo conociendo la fundamentación fáctica y jurídica podrá valorar la sujeción a la ley de la resolución recurrida.

9 STCE 55/87, de 13 de mayo “Los fundamentos de la sentencia se deben dirigir; también, a lograr el convencimiento, no sólo del acusado, sino también de las otras partes del proceso, respecto de la corrección y justicia de la decisión judicial sobre los derechos de un ciudadano. En este sentido deben mostrar el esfuerzo del Tribunal por lograr una aplicación del Derecho vigente libre de toda arbitrariedad”.

10 Citado por J. HERNÁNDEZ GARCÍA. La motivación de las sentencias en los supuestos de daños acaecidos en la circulación: El juicio de suficiencia. Revista del Poder Judicial n° 31. Septiembre de 1993.

11 J. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA. La motivación de las sentencias. Cuadernos de Derecho Judicial, 13, 1992, pp. 95-114.

12 Previsto, entre otros, en los artículos 24 de la CE de 1978 y 8.2.h) y 25 de la CADH.

13 STCE 55/87, de 13 de mayo: “...la motivación de la sentencia es una exigencia sin la cual -como es generalmente reconocido- se privaría, en la práctica, a la parte afectada por aquella del ejercicio efectivo de los recursos que le pueda otorgar el ordenamiento jurídico. Sólo si la sentencia esta motivada es posible a los Tribunales que deban entender en el trámite de algún recurso, controlar la correcta aplicación del Derecho y al Tribunal Constitucional, en el caso del recurso de amparo por la vía del art. 24.1 de la Constitución, si el Tribunal de la causa ejerció la potestad jurisdiccional “sometido únicamente al imperio de la Ley”, de la forma en que lo establece el art. 117.1 de la Constitución. Una verificación de esta naturaleza sólo es posible si la sentencia hace referencia a la manera en que debe inferirse de la Ley la resolución judicial y expone las consideraciones que fundamentan la subsunción del hecho bajo las disposiciones legales que aplica. De otra manera, la sentencia no podría operar sobre el convencimiento de las partes ni de los ciudadanos, ni podría permitir el control correspondiente a los Tribunales que todavía pudieran intervenir por la vía de los recursos previstos en las Leyes”.

En este punto resulta conveniente indicar que el control que los tribunales superiores realizan de la motivación de la sentencia dictada en primera instancia tiene un contenido distinto en función de la naturaleza del recurso que contra ella se interpone.

En el recurso de apelación el tribunal que resuelve controla el fondo del asunto y puede decidir nuevamente sobre la causa; por tanto, controla la corrección de la decisión a través de la motivación recogida en la resolución recurrida. En este sentido, el art. 417.2 CPP recoge como motivo en el que puede fundarse la apelación “la falta, contradicción o ilogicidad manifiesta en la motivación de la sentencia”.

Como pone de manifiesto IGARTUA SALAVERRÍA¹⁴, decisión y justificación son dos procesos intelectuales distintos, hasta el punto que el rechazo de la justificación (motivación) por irracional no significa que la decisión sea incorrecta.

Por ejemplo, si el juez penal de instancia absuelve al imputado por su cara angelical, considerando que la cara es el espejo del alma, mientras que el tribunal de apelación lo condena por lo contrario, entendiendo que no se debe fiar de las apariencias, una de las dos decisiones es acertada pero ambas carecen de una justificación suficientemente racional.

En cambio, el tribunal de casación no constituye una segunda instancia y, por tanto, no entra a conocer sobre lo acertado de la decisión, sino que realiza un juicio sobre el juicio efectuado en la instancia, de manera que su función no es controlar lo acertado de la decisión a través de la motivación de la resolución recurrida, sino verificar el grado de racionalidad y equilibrio de la propia motivación de la sentencia recurrida.

Así, el art. 426.3 CPP permite el recurso de casación “cuando la sentencia sea manifiestamente infundada”. En definitiva, en el recurso de apelación “el control de la motivación es un medio para controlar la justicia de la decisión”; en el recurso de casación “el control de la motivación se efectúa como un fin en sí mismo, controlando de ese modo la justificación de la decisión”¹⁵.

XII.3.2. Función extraprocesal: control democrático

Junto a las funciones clásicas de naturaleza procesal atribuidas a la motivación, recogidas en las codificaciones de los siglos XVIII y XIX, más recientemente adquiere un papel de gran relevancia, convirtiéndose en un principio jurídico-político que expresa la exigencia de controlabilidad de la actuación judicial¹⁶. No se trata del control institucional clásico de las resoluciones a través de los recursos que resuelven los órganos superiores (apelación y casación), sino de un control generalizado y difuso por parte de los ciudadanos, una especie de control democrático, que no termina en la obligación de motivar; sino que alcanza también a otros aspectos del proceso como el su publicidad o el derecho de crítica de las resoluciones judiciales.

14 J. IGARTUA SALAVERRÍA. Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal. Tirant lo Blanch Alternativa, 1995, p. 172.

15 J. IGARTUA SALAVERRÍA, La motivación de las sentencias, imperativo constitucional..., pp. 202-203.

16 J. IGARTUA SALAVERRÍA, La motivación de las sentencias, imperativo constitucional..., p. 24. Pone de manifiesto que esta óptica extraprocesal de la motivación es una visión compartida en la doctrina actual.

Esta posibilidad de control general de las decisiones judiciales por el pueblo, titular de la soberanía de la que emanan los poderes del Estado coloca a la motivación como el pilar que sirve de sustento a la legitimación del juez. Claramente lo expresa la Resolución 1920-2003 de la Suprema Corte de Justicia: "La motivación de la sentencia es la fuente de legitimación del juez y de su decisión"; y la ya mencionada STCE 55/87, de 13 de mayo: "La exigencia de motivación de las sentencias judiciales se relaciona de una manera directa con el principio del Estado Democrático de Derecho (artículo 1 CE) y con una concepción de la legitimidad de la función jurisdiccional, apoyada esencialmente en el carácter vinculante que tiene para ésta la Ley (artículo 117.1 CE). Precisamente de ello se deduce la función que debe cumplir la motivación de las sentencias y, consecuentemente, el criterio mediante el cual se debe llevar a cabo la verificación de tal exigencia constitucional. La Constitución requiere que el juez motive sus sentencias, ante todo, para permitir el control de la actividad jurisdiccional".

Como pone de manifiesto FERRAJOLI¹⁷, el poder judicial, en contraste con otros poderes públicos, no admite una legitimación de tipo representativo o consensual, sino sólo una legitimación de tipo racional y legal, precisamente por el carácter cognoscitivo de los hechos y reconocitivo de su calificación jurídica exigido a las motivaciones de los actos jurisdiccionales. Si el Parlamento ostenta una legitimidad de origen, el juez tiene una legitimidad de ejercicio; al primero se le controla a través de su elección, de su origen, y al segundo mediante la crítica de su comportamiento¹⁸.

El control democrático de las resoluciones judiciales por el pueblo requiere de dos condiciones para que sea efectivo¹⁹: La resolución ha de utilizar un lenguaje comprensible por el ciudadano medio. No puede existir un control general de la ciudadanía si la sentencia resulta ininteligible, utilizando un lenguaje oscuro que abusa de la jerga judicial, dirigido exclusivamente a los iniciados en la materia, a los profesionales del derecho. La utilización de un lenguaje incomprensible para un ciudadano normal no sólo impide el control general por la sociedad, también dificulta el control de la resolución por las propias partes afectadas, que requieren de la intermediación de sus letrados para entender los razonamientos judiciales e, incluso, el verdadero alcance de la decisión plasmada en la sentencia.

El CPP exige en diversos preceptos que los razonamientos recogidos en las resoluciones judiciales resulten de fácil comprensión para un ciudadano medio. Así ocurre, entre otros, en el art. 333 en relación a los fundamentos resultantes de la valoración de la prueba y en el art. 353, referente al fallo sobre la determinación de la pena.

17 FERRAJOLI, Derecho y Razón, Teoría del Garantismo Penal, traducción Andrés Ibáñez y otros, Editorial Trotta, Madrid 1995, pp. 543 y 544. Citado por Alberto Jorge Barreiro. Problemas específicos de la aplicación del Código Penal. Manuales de Formación Continuada del CGPJ, 4, 1999.

18 FERRAJOLI, Derecho y Razón, Teoría del Garantismo Penal, traducción Andrés Ibáñez y otros, Editorial Trotta, Madrid 1995, pp. 543 y 544. Citado por Alberto Jorge Barreiro. Problemas específicos de la aplicación del Código Penal. Manuales de Formación Continuada del CGPJ, 4, 1999.

19 Puestas de manifiesto por J. IGARTUA SALAVERRÍA, La motivación de las sentencias, imperativo constitucional..., pp. 27-28.

CASO: Sobre el lenguaje utilizado en las resoluciones judiciales.

Objetivo formativo: Adquirir plena conciencia de la importancia que el lenguaje tiene para la comprensión y control efectivo de las resoluciones judiciales por los ciudadanos, constituyendo un medio fundamental de la legitimación de la función judicial.

Construcción del caso:

1) Deberán seleccionarse diversas resoluciones judiciales obtenidas de procesos reales en las que se aprecien graves problemas de comprensión por el lenguaje utilizado, con objeto de que los participantes en el curso puedan detectar y valorar los defectos que aprecian.

Utilizando alguna de esas resoluciones los participantes en el curso deberán elaborar una nueva redacción de la resolución que se ajuste a su modelo de lenguaje claro y comprensible.

La resolución debe ser autosuficiente, en el sentido de que basta con la propia resolución para entender y comprender todo lo decidido, sin que sea necesario consultar otros documentos, ya estén incluidos entre el material del proceso o sean ajenos –como pudieran ser los repertorios de jurisprudencia. En otras palabras, la sentencia debe constituir “un conjunto lógico completo en sí mismo”, “un documento que se basta por sí mismo”, “un documento cerrado”²⁰.

CASO: Sobre la nota de autosuficiencia de las resoluciones judiciales.

Objetivo formativo: Valorar la importancia de que la sentencia contenga toda la información necesaria para comprender todo lo decidido en el proceso, sin necesidad de acudir a otros documentos.

Construcción del caso:

1) Deberán seleccionarse diversas resoluciones judiciales obtenidas de procesos reales en las que no se cumpla la nota de autosuficiencia de la sentencia, de manera que sea necesario acudir a otros documentos para su perfecta comprensión, con objeto de que los participantes en el curso puedan detectar y valorar los defectos que aprecian.

2) Utilizando alguna de esas resoluciones los participantes en el curso deberán elaborar una nueva redacción de la resolución integrando la información que falta.

20 I. COLOMER HERNÁNDEZ, La motivación de las sentencias.... Citado por J. IGARTUA SALAVERRÍA p. 28.

XII.3.3. Autocontrol por el juzgador de sus propias resoluciones

Cuando se analiza la motivación de las resoluciones judiciales como un instrumento para su control, se visualiza siempre desde una perspectiva ajena al propio juzgador: control por las partes, los tribunales superiores, o el pueblo en general, pero se tiende a olvidar que también resulta un importante mecanismo para que el autor de la resolución controle su calidad.

La motivación supone, en definitiva, una justificación del juez, en cuanto le obliga a exponer ante todos las razones que le han llevado a considerar probados unos determinados hechos y no otros, a aplicar una norma en concreto con un determinado alcance y adoptar una decisión final de condena o absolución. Esta necesidad de justificar y exponer sus razones le exige un esfuerzo de reflexión mucho mayor que el que le requeriría dictar una resolución “en conciencia” sin motivación alguna, ya que es plenamente consciente de que su razonamiento y sus argumentos van a ser examinados, diseccionados y valorados por las partes, los tribunales superiores y la sociedad. Si ha de motivar evitará considerar como probados hechos cuya prueba no pueda justificar lógicamente y tendrá en cuenta todos los elementos relevantes para adoptar la decisión. La motivación también evita errores u omisiones, al exigir plasmar por escrito todo el razonamiento judicial.

El control por el juzgador de sus propias resoluciones conduce a otra garantía fundamental en un Estado de Derecho: el respeto al principio de igualdad de todos los ciudadanos²¹. El juez debe ser consciente de que no puede modificar arbitrariamente sus resoluciones en casos sustancialmente iguales. Para que el cambio sea legítimo es necesario que sea “razonado, razonable y con vocación de futuro, esto es, destinado a ser mantenido con cierta continuidad con fundamento en razones jurídicas objetivas que excluyan todo significado de resolución ad personam”²². En este sentido el Tribunal Constitucional español, en su sentencia 13/2004, de 9 de febrero, considera como uno de los requisitos para que pueda entenderse vulnerado el derecho a la igualdad en la aplicación de la ley: “La ausencia de toda motivación que justifique en términos generalizables el cambio de criterio, bien lo sea para separarse de una línea doctrinal previa y consolidada; esto es, de un previo criterio aplicativo consolidado, bien lo sea con quiebra de un antecedente inmediato en el tiempo y exactamente igual desde la perspectiva jurídica con la que se enjuició, y ello, a fin de excluir la arbitrariedad o la inadvertencia”. El propio Tribunal explica que “la razón de esta exigencia estriba en que el derecho a la igualdad en la aplicación de la Ley, en conexión con el principio de interdicción de la arbitrariedad (artículo 9.3 CE), obliga a que un mismo órgano jurisdiccional no pueda cambiar caprichosamente el sentido de sus decisiones adoptadas con anterioridad en casos sustancialmente iguales sin una argumentación razonada de dicha separación, que justifique que la solución dada al caso responde a una interpretación abstracta y general de la norma aplicable, y no a una respuesta ad personam, singularizada”.

21 Previsto en el artículo 24 CADH: “Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley”; y en el artículo 14 CE: “Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”.

22 J. HERNÁNDEZ GARCÍA. La motivación de las sentencias en los supuestos de daños acaecidos en la circulación: El juicio de suficiencia. Revista del Poder Judicial nº 31. Septiembre de 1993.

XII.4. Contenido de la motivación

Para conocer el contenido de la obligación que se impone al juez cuando se le exige “motivar” sus resoluciones, el primer paso es tener claro que se entiende por motivar:

Si acudimos al diccionario²³, el verbo “motivar” viene definido como “fundamentar; aducir o explicar los motivos o razones de cierta cosa”. Por tanto, parece que no existe inconveniente en entender que la motivación de una resolución judicial consiste en justificar o explicar dicha resolución. Sin embargo, no está tan claro cual es el contenido de la explicación o justificación que realiza el juez.

Sobre el particular se han elaborado diversas teorías.

XII.4.1. Teorías sobre la motivación

Dos son los enfoques básicos sobre el contenido de la motivación:

a. Psicologista: Considera que la motivación debe reflejar fielmente todos los pasos mentales que han conducido al juez a tomar una determinada decisión.

Como no existe una garantía de que ese proceso mental que conduce a la decisión judicial sea lógico en todos los casos, ya que resulta perfectamente posible que algún juez decida en función de motivos “irracionales” o “espúreos” (inspiración, intuición, venganza, interés, etc), algunos autores completan la teoría indicando que únicamente cuando la decisión sea fruto de un proceso mental “razonado” podrá plasmarse dicho razonamiento en la sentencia, mediante la motivación²⁴.

Una muestra de este enfoque psicologista la encontramos en la STC 55/1987, de 13 de mayo, que otorga el amparo frente a una demanda basada en un defecto de motivación, indicando: “En casos como el presente se hace manifiesto que la explicitación del proceso lógico y mental que ha conducido a la decisión no ha alcanzado un grado suficiente de expresión”; o en la STS español de 27 de junio de 2002: “El órgano jurisdiccional debe explicar la interpretación y aplicación del Derecho que realiza, mas ello no comporta que el Juez o Tribunal deba efectuar una exhaustiva descripción del proceso intelectual que le lleva a resolver en un determinado sentido, basta con que se permita conocer el motivo decisorio, excluyente del mero voluntarismo selectivo o de la pura arbitrariedad de la decisión adoptada”.

Sin embargo, esta teoría adolece de una verdadera operatividad, ya que lo importante para el control de la resolución judicial, tanto por las partes, los tribunales o los ciudadanos en general, no es el proceso mental del juez que conduce a la decisión, ni si las razones han sido pensadas antes que la decisión o ésta se ha tomado con carácter previo, lo importante son los argumentos en virtud de los cuales se toma la decisión, su calidad y racionalidad. Por otra parte, ¿existe

23 MARÍA MOLINER. Diccionario de uso del español. Editorial Gredos.

24 M. MIRANDA ESTRAMPES. La mínima actividad probatoria en el proceso penal. Barcelona, 1997, p. 165

alguna manera de comprobar que el iter decisonal que el juez ha recogido en su sentencia se corresponde verdaderamente con el proceso mental seguido? La respuesta no puede ser otra que una terminante negación.

b. Justificacionista: La motivación es un razonamiento justificatorio que no tiene por objeto que describir el proceso decisorio del juez, sino justificar razonadamente el resultado de dicho proceso decisorio. Se distingue entre la decisión y las razones que la justifican.

DECISIÓN / [JUSTIFICACIÓN = MOTIVACIÓN].

Con este enfoque sobre la motivación –a diferencia de lo que sucede con la teoría psicologista– carece de interés la cuestión, tantas veces debatida, del momento en el que el juez debe tomar la decisión. Lo relevante no es que la decisión se tome después del discurso que la precede o que, por el contrario, primeramente se decida y después se justifique con argumentos. Lo verdaderamente importante es que la fundamentación de la decisión recogida en la resolución judicial sea correcta.

La teoría justificacionista tiene una importante deuda con la transferencia que del binomio “contexto de descubrimiento/contexto de justificación” se realizó desde el ámbito de la ciencia al campo del razonamiento judicial. Sin entrar en demasiados detalles, baste decir que esta distinción jurídica pretendía resolver los problemas que la teoría del silogismo judicial planteaba en la motivación de las sentencias. Estos problemas eran de dos tipos: el primero que el silogismo judicial, si bien aseguraba el tránsito de las premisas (normativa y fáctica) a la conclusión (la parte dispositiva de la sentencia), no garantizaba la corrección de las premisas; el segundo, que las razones expuestas por el juez en la sentencia no tenían porque ser verdaderamente los motivos que le hicieron tomar la decisión (que bien podían ser irracionales). Por el contrario, los defensores de la nueva distinción “descubrimiento/justificación”, pretendían resolver ambos problemas. El primero, atribuyendo la formación de las premisas al contexto de descubrimiento, y la relación entre las premisas y la conclusión al contexto de justificación. El segundo, incluyendo los móviles que conducen al juez a tomar la decisión dentro del contexto de descubrimiento, y las razones lógico-jurídicas expuestas en la sentencia en el contexto de justificación²⁵.

Trasladando el binomio al ámbito del proceso penal, P. ANDRÉS IBÁÑEZ²⁶ pone de manifiesto que el contexto del descubrimiento se identifica con la fase de la investigación procesal, que concluye con la formulación y la propuesta al juez de una hipótesis, que aquí es la hipótesis acusatoria. En este ámbito, el juez o el fiscal investigador opera con la lógica del detective, es decir, la propia del método abductivo, que consiste en «razonar hacia atrás».

La formulación de la acusación da paso a la fase de enjuiciamiento, que es el contexto de la decisión. Se inicia con la actividad probatoria, en la que cada parte opera con referencia a la

25 No obstante, la distinción entre el binomio “contexto de descubrimiento/contexto de justificación” ha sido objeto de críticas por parte de la doctrina por variados motivos, entre los que destaca las diferencias sustanciales entre la teoría de la ciencia y la teoría jurídica, que impide un trasvase plenamente correcto de la distinción. “Un severo repaso” de esta crítica viene recogido en: J. IGARTUA SALAVERRÍA, La motivación de las sentencias, imperativo constitucional, pp. 66-93, con expresa referencia a T. MAZZARESE, “Forme di razionalità delle decisioni giudiziali”.

26 P. ANDRÉS IBÁÑEZ. « Carpintería de la sentencia penal (en materia de hechos) ». Revista del Poder Judicial n° 49, 1998.

hipótesis que intenta hacer prevalecer. Con el resultado de esa actividad, el juez evaluará la productividad explicativa de la hipótesis propuesta por la acusación en concurrencia con las hipótesis alternativas que se le opongan. Y de esa situación se sale mediante la elección de la propuesta que, por conferir sentido a la mayor cantidad de datos probatorios, se estima dotada de mayor capacidad explicativa. El contexto de justificación se abre con esa elección y en él deberá explicarse que la misma cuenta con un fundamento racional. Pues lo que aquí se trata de acreditar argumentativamente es que se ha operado con el necesario rigor formal en la obtención de los datos probatorios y en la articulación de la cadena de inferencias que, a partir de ellos, lleva a tener ciertos hechos por probados.

En el ámbito más reducido del razonamiento judicial, el contexto de descubrimiento es el iter intelectivo que conduce, a partir de unos hechos controvertidos, a la formulación de un enunciado sobre ellos. El contexto de justificación serían las razones por las que ese enunciado se puede aceptar como verdadero.

Aun cuando en ambos contextos debe operar la racionalidad, no cabe duda que en el de descubrimiento actúan también principios irracionales –es imposible que el proceso mental por el que un ser humano toma una decisión se base, exclusivamente, en un esquema racional. Por el contrario, la justificación (motivación) de la decisión si debe fundarse, exclusivamente, en un discurso racional, susceptible de control y fiscalización²⁷. Estas consideraciones evidencian la dificultad que plantea la fiscalización del contexto de descubrimiento frente al contexto de justificación. La diferencia se aprecia muy gráficamente a través de un ejemplo recogido por GASTÓN ABELLÁN²⁸.

El fantasma reveló a Hamlet que su padre no murió de muerte natural, sino que fue asesinado por el marido de su madre. Si Hamlet tuviese que probar la muerte violenta de su padre sin temor a que le tomasen por loco, debería apoyar su hipótesis en pruebas como las siguientes:

P1: “El marido de la madre de Hamlet tenía un móvil para el crimen (convertirse en rey de Dinamarca)”.

P2: “Ese hombre y su madre se casaron apresuradamente”.

P3: “El padre de Hamlet gozó siempre de buena salud”.

A los efectos de probar (motivar) la hipótesis del crimen es indiferente que Hamlet formara su convicción sobre los hechos por las revelaciones del fantasma o por un proceso inductivo a través de las pruebas citadas. Lo importante es justificar, a partir de las pruebas, que la hipótesis del crimen es la más factible.

27 La sentencia del TC español 198/2002, de 28 de octubre, establece que “...la protección del derecho a la presunción de inocencia comporta tanto la supervisión de que la actividad probatoria se ha practicado con las garantías necesarias para su adecuada valoración y para la preservación del derecho de defensa, como la comprobación, en su caso, de que los órganos judiciales exponen las razones conducentes a la constatación del relato de hechos probados a partir de la actividad probatoria practicada y la supervisión externa de la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico resultante”.

28 M. GASTÓN ABELLÁN. Los hechos en el derecho, pp. 209-210.

XII.4.2. Exigencias lógicas de la motivación

Si partimos de que motivar una resolución es aportar las razones que permitan considerarla como correcta y aceptable, son necesarias unas exigencias lógicas.

- a. Justificación interna de la decisión. Normalmente, para llegar a la decisión final del proceso en la sentencia se habrán adoptado otras decisiones previas. Es necesario que la motivación proporcione un armazón organizativo racional a la resolución judicial, en el sentido de que la decisión final aparezca como la consecuencia lógica o resultado de las decisiones anteriores. Además, si la decisión judicial se concibe como la conclusión de un silogismo práctico, la justificación habrá de mostrar la corrección del razonamiento lógico que conduce de las premisas a la conclusión.
- b. Justificación externa de la decisión. Sin embargo, para que la decisión esté justificada no basta con la corrección lógica que conduce de las premisas a la conclusión, también es necesaria la corrección de las premisas de las que se parte, esto es, que sean calificadas como buenas según los estándares utilizados por quienes hacen la calificación²⁹.

La consecuencia práctica de esta distinción es que cuando las premisas normativas y fácticas no son discutidas, basta con la justificación interna. La motivación sólo deberá demostrar la corrección del razonamiento lógico que conduce de las premisas a la conclusión. Por el contrario, cuando las premisas normativas o fácticas resultan discutibles, dudosas o controvertidas y requieren de nuevas argumentaciones, es cuando entra en juego la justificación externa.

- c. Suficiencia y complitud de la motivación. Íntimamente ligada con la justificación externa se encuentra otra exigencia de la motivación: la suficiencia de ésta, es decir, las decisiones deben estar justificadas en grado suficiente. En este sentido, la justificación externa de la decisión requiere que también las premisas en que se basa sean, a su vez, objeto de justificación; sin embargo, como no todas las decisiones tienen la misma complejidad, la justificación externa de la decisión admite diversas intensidades. Así, se ha indicado en el párrafo anterior que en aquellos casos en los que no se discuten las premisas formativas o fácticas no es necesaria la justificación externa. Por el contrario, en otros supuestos de mayor complejidad la justificación externa puede exigir razonamientos en distintos niveles, de manera que sea necesario justificar no solo las premisas sino, incluso, los argumentos que les sirven de base. Con todo, algún límite debe establecerse por razones de eficacia. A modo de ejemplo³⁰, no resultará imprescindible justificar premisas que se basan en el sentido común, en cánones de razón generalmente aceptados, en una autoridad reconocida o en elementos reconocidos como válidos en el ambiente cultural en el que se sitúa la decisión o por los destinatarios a los que ésta se dirige; por el contrario, la justificación será necesaria cuando la premisa de una decisión no es "obvia", bien porque se separa del sentido común, de las indicaciones de autoridades reconocidas o de los cánones de razonabilidad o verosimilitud.

29 La distinción entre justificación interna y externa es de J. WRÓBLEWSKI, "Legal Syllogism and Rationality of Judicial Decision", y viene recogida con detalle por M. GASTÓN ABELLÁN, *Los hechos en el derecho*, p. 193, y por J. IGARTUA SALAVERRÍA, *La motivación de las sentencias, imperativo constitucional*, p. 97.

30 J. IGARTUA SALAVERRÍA, *La motivación de las sentencias, imperativo constitucional*, ps. 99-100.

Si la suficiencia de la motivación atiende a un criterio cualitativo –las decisiones deben estar justificadas en grado suficiente– la complitud de la motivación obedece a un criterio cuantitativo, al exigir que en la resolución se justifiquen todas las decisiones “relevantes” para la resolución final del caso, lo que, sin duda, incluye tanto a las cuestiones de hecho como a las de derecho.

La doctrina jurisprudencial ha venido modulando la exigencia de “complitud” de la motivación, más que por razones sustanciales por cuestiones prácticas, para hacer compatible la motivación como garantía y control de las resoluciones con la carga de trabajo que soportan la mayoría de los órganos jurisdiccionales.

Así, el TEDH³¹, recuerda que “el artículo 6.1 obliga a los tribunales a motivar sus decisiones, pero que no puede entenderse como la exigencia de dar una respuesta detallada a cada argumento”. Continúa la sentencia indicando que “el alcance de este deber puede variar según la naturaleza de la decisión”, de manera que la infracción del deber de motivación “sólo puede analizarse a la luz de las circunstancias de cada caso concreto”.

Para el TCE³², la tutela judicial efectiva, si bien exige que las resoluciones judiciales contesten a la alegaciones jurídicas de las partes, admite algunas limitaciones, al considerar que no es necesaria “una contestación explícita y pormenorizada a todas y cada una de ellas, pudiendo bastar, en atención a las circunstancias particulares concurrentes, con una respuesta global o genérica, aunque se omita respecto de alegaciones concretas no sustanciales”. La referida sentencia va más allá en su modulación del deber de motivación, al establecer que éste “no autoriza a exigir un razonamiento judicial exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas que las partes puedan tener de la cuestión que se decide, sino que deben considerarse suficientemente motivadas aquellas resoluciones judiciales que vengan apoyadas en razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión, es decir, la ratio decidendi que ha determinado aquella”.

Por tanto, de la mencionada sentencia del TCE 116/1998 surgen dos consecuencias que reducen el deber de motivación de las resoluciones judiciales y que, a primera vista, parecen contradictorias. Según la primera no se exige al juez o tribunal que contesten a las alegaciones de las partes, bastará con que se reflejen los criterios que constituyen el fundamento de la resolución –la “ratio decidendi”. Sin embargo, la segunda modera o modula la anterior y exige que el juez sí se pronuncie sobre las alegaciones de las partes, pero señalando que no es necesario que el juez o tribunal contesten de forma detallada e individualizada a todas las alegaciones de las partes, siendo suficiente con una respuesta genérica o global, incluso aún cuando omita toda referencia a alegaciones concretas no sustanciales. Surge entonces el problema de delimitar cuando nos encontramos ante alegaciones no sustanciales y la respuesta no es sencilla. En principio, la lógica exige que a cuestiones diferentes se otorguen respuestas diferenciadas y expresas. Por el contrario, existen supuesto en los que, claramente, no es necesario responder a todas las cuestiones planteadas. Así, podemos distinguir los siguientes sin ánimo exhaustivo:

31 STEDH 434/1993, de 9 de diciembre de 1994, caso Ruiz Torija contra España, con cita de la STEDH de 19 de abril de 1994, caso Van de Hurf contra Países Bajos.

32 Sentencia TC español 116/1998, de 2 de junio.

- a. Varios argumentos que dependen de un mismo presupuesto. Si el juez desbarata el presupuesto común, no es necesario confutar individualmente los otros argumentos, ya que éstos pueden considerarse implícitamente rechazados.
- b. Si un supuesto de hecho normativo requiere la concurrencia conjunta de varios elementos (p.ej. "a"+"b"+"c"), el juez puede limitarse a combatir las argumentaciones relativas a sólo uno de ellos. Por el contrario, si el supuesto de hecho normativo viene definido por varios elementos relacionados alternativamente ("a" o "b" o "c"), el juez tendrá que examinar los argumentos referentes a todos ellos.

Con todo, cabe reiterar lo ya dicho, la distinción entre las alegaciones sustanciales y las que no lo son no es fácil de establecer y la exigencia de motivación debe tender a que cada alegación jurídica efectuada por las partes y con trascendencia en el proceso tenga una contestación individualizada, aunque siempre aplicando el sentido común, ya que no deben desperdiciarse esfuerzos contestando en la resolución judicial a alegaciones reiterativas, superfluas o absurdas.

CASO: Sobre la identificación de las alegaciones sustanciales y accesorias.

Objetivo formativo: Identificar aquellas alegaciones de las partes que resultan sustanciales en la decisión del proceso y aquellas otras accesorias y valorar la distinta respuesta que merecen en la resolución judicial.

Construcción del caso:

1) Deberán seleccionarse supuestos de hecho con diversas alegaciones de las partes, valorando los participantes cuales deben ser calificadas como esenciales o como accesorias y la necesidad o no de dar respuesta detallada a todas o solo alguna de ellas.

XII.5. Libre valoración de las pruebas y motivación

El adecuado estudio de la fundamentación fáctica de las resoluciones judiciales requiere, como paso previo, de una reflexión sobre el camino que lleva a la obtención por el juez de las convicciones que después reflejará en la sentencia. Esta actividad inicial no es otra cosa que la valoración de las pruebas, entendida como verificación de los enunciados fácticos introducidos en el proceso a través de los medios de prueba admitidos, así como su ponderación y valoración por el juez en aras de formar su convicción sobre los hechos que se juzgan.

XII.5.1. Modelos de valoración de la prueba: libre valoración de las pruebas

Tradicionalmente han sido dos los modelos de valoración de la prueba, dependiendo de que ésta venga o no predeterminada legalmente: la prueba legal y el sistema de libre valoración de la prueba.

Prueba legal es aquella que viene establecida por normas legales –ordinariamente de naturaleza procesal-, de tal manera que “el juez viene vinculado por la norma para la valoración de los resultados de la prueba y la formación de su propio convencimiento sobre la cuestión de hecho”³³. Este es el caso, por ejemplo, de las presunciones, que tanto pueden tener un carácter empírico, como sucede con la presunción de paternidad del marido de la madre si el niño nace dentro de cierto período de tiempo, como no empírico, supuesto de presunción sobre el momento de la muerte de una persona desaparecida e, incluso en épocas antiguas, despreciar el conocimiento demostrado por la experiencia, como sucedía en la Edad Media con la acreditación de la brujería mediante las pruebas del agua o del fuego.

Frente a la teoría de la prueba legal, abandonada como principio general en la mayoría de los ordenamientos jurídicos penales modernos, se alza el principio de libre valoración de la prueba, en el que los requisitos de aceptación de las pruebas no aparecen estipulados en disposiciones legales.

Sin embargo, el principio de libre valoración de la prueba admite dos enfoques. El primero lo concibe como un principio metodológico negativo, limitado al rechazo de las pruebas legales como suficientes para formar la convicción del juez. Se convierte así en una garantía de libertad dentro de proceso penal.

Para L. FERRAJOLI³⁴ este principio de libre convicción significa: 1) la no presunción legal de culpabilidad en presencia de tipos de prueba abstractamente previstos en la ley; 2) la presunción de inocencia en ausencia de pruebas concretamente convincentes de su culpabilidad; 3) la carga para la acusación de exhibir tales pruebas, el derecho de la defensa a refutarlas y el deber del juez de motivar conforme a ellas la propia convicción en caso de condena; y 4) la cuestionabilidad de cualquier prueba.

El segundo enfoque transforma este principio metodológico negativo en otro positivo, caracterizado por una valoración judicial completamente libre de los medios de prueba, donde el juez adquiere su “íntima” convicción de manera personal e intransferible, en función de criterios que no tienen porque ser lógicos y racionales y de los que no tiene que rendir cuentas a nadie porque no existe manera de que otra persona distinta pueda verificar o captar esa convicción. Se abre así la puerta a la arbitrariedad judicial y se pasa de un principio negativo de rechazo a los excesos del sistema de prueba legal o tasada a otro que es capaz de suplantar a las propias pruebas en aras de su “apreciación en conciencia” por el juez.

Este segundo enfoque es el que predominó en la jurisprudencia penal española hasta tiempos recientes, al interpretar los dos preceptos procesales básicos que tienen por objeto la valoración de la prueba penal: el artículo 741 LECRIM: “El Tribunal, apreciando según su conciencia las pruebas practicadas en el juicio, las razones expuestas por la acusación y la defensa y lo manifestado por los mismos procesados, dictará sentencia dentro del término fijado por esta ley”; y el artículo 973 LECRIM: “El juez, en el acto de finalizar el juicio, y a no ser posible, dentro de los tres días siguientes, dictará sentencia apreciando según su conciencia, las pruebas practicadas, las razones expuestas por el fiscal y por las demás partes o sus defensores y lo manifestado por los propios acusados...”.

33 C. FURNO. Teoría de la prueba legal. Citado por M. GASTÓN ABELLÁN, Los hechos en el derecho, p. 157.

34 C. FURNO. Teoría de la prueba legal. Citado por M. GASTÓN ABELLÁN, Los hechos en el derecho, p. 157.

Merece la pena transcribir, como exponente más descarnado de este enfoque, el resumen de la jurisprudencia del Tribunal Supremo español recogida en el alegato que, en un recurso de amparo, realiza el ministerio fiscal en el antecedente 10 de la Sentencia del Tribunal Constitucional 31/1981, de 28 de julio: "Por lo que se refiere a la valoración de los elementos de prueba, el recurrente no puede pretender que el juicio de valor formado por el tribunal competente sea sustituido por el propio, pues, de acuerdo con la reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo «lo declarado probado por las audiencias deviene indestructible e invulnerable» (sentencia de 15 de marzo de 1980) y «la facultad de apreciación de la prueba en conciencia que concede a los Tribunales el artículo 741 de la LECr no exige explicación ni razonamiento (sentencia de 11 de octubre de 1978), de modo que el juzgador, a la hora de apreciar las pruebas practicadas, las alegaciones de las partes y las declaraciones o manifestaciones del acusado, lo hará no ya sin reminiscencias de valoración tasada o predeterminada por la ley, o siguiendo las reglas de la sana crítica, o de manera simplemente lógica o racional, sino de un modo tan libérrimo y omnímodo que no tiene más freno a su soberana facultad valorativa que el de proceder al análisis y a la consecutiva ponderación con arreglo a su propia conciencia, a los dictados de su razón analítica y a una intención que se presume siempre recta e imparcial» (sentencia de 10 de febrero de 1978)". Más claro, imposible.

Frente a los excesos a los que puede conducir el principio de libre valoración de la prueba entendido como criterio positivo de valoración libérrima e íntima de la prueba, no sujeta a control, se va construyendo una jurisprudencia que interpreta los preceptos procesales de manera que exige una valoración racional del material probatorio, sujeto a control por los tribunales superiores.

Muestra de este enfoque lo constituye la sentencia del TSE de 29 de diciembre de 1997, al establecer: "...En este punto enlazamos con otra perspectiva de análisis que conduce igualmente a la estimación del recurso, y que es la deducida del principio constitucional de interdicción de la arbitrariedad (artículo 9.3 de la Constitución Española), que constituye un límite a la libre valoración probatoria reconocida en el artículo 741 de la LECRIM. Apreciación en conciencia no quiere decir apreciación omnímoda y arbitraria (Sentencia de 11 octubre 1991, entre otras), sino en todo caso ajustada a las reglas de la lógica, a los principios de la experiencia y a los conocimientos científicos (SSTS 13 febrero 1989 o 19 octubre 1994), y en consecuencia cabe a este Tribunal revisar la estructura racional del discurso valorativo de la prueba efectuado por el Tribunal sentenciador".

Este ha sido también el enfoque recogido en el CPP de la República Dominicana, cuyo artículo 172, al referirse a la valoración de la prueba, establece: "El juez o tribunal valora cada uno de los elementos de prueba, conforme a las reglas de la lógica, los conocimientos científicos y las máximas de experiencia y está en la obligación de explicar las razones por las cuales se les otorga determinado valor, con base a la apreciación conjunta y armónica de toda la prueba".

En igual sentido, el art. 333 CPP, dentro del título dedicado al juicio, impone a los jueces que integran el tribunal apreciar cada uno de los elementos de prueba de modo integral, conforme a las reglas de la lógica, los conocimientos científicos y las máximas de experiencia, de modo que las conclusiones a que lleguen sean el fruto racional de las pruebas, y añade un aspecto muy importante para que la motivación cumpla su función de garantía, habitualmente descuidado: que los fundamentos sean de fácil comprensión.

La evolución expuesta debe conducir al sentido original de la libre valoración como principio metodológico negativo que permite al juzgador no dar por probados enunciados fácticos que estime insuficientemente acreditados. En esta actividad valorativa el juez es libre en cuanto no se sujeta a reglas legales tasadas, pero su actuar no es arbitrario, sino sujeto a reglas o criterios racionales de determinación de la verdad de los hechos. A estos criterios se refiere tanto la jurisprudencia citada como el CPP de la República Dominicana al establecer que el juez valorará los elementos de prueba conforme a las reglas de la lógica, los conocimientos científicos y las máximas de experiencia.

Conviene hacer aquí un inciso sobre la fundamentación de las máximas de experiencia, entre las que se incluyen, junto a las generalizaciones de sentido común, los conocimientos científicos.

Cada vez es más frecuente la prueba de los hechos mediante el uso de conocimientos científicos o métodos de investigación científica, provenientes tanto de las ciencias naturales como de las llamadas “humanas” (estadística, sociología, psiquiatría, psicología, etcétera). Sin embargo, en muchas ocasiones no es fácil atribuir la condición de científico a un método o técnica determinada, especialmente en aquellos supuestos en los que no existe un consenso científico generalizado al respecto. En estos supuestos resulta necesario que el juez especifique y argumente los motivos por los que atribuye validez a un determinado método o técnica en detrimento de otros.

En lo que se refiere a las generalizaciones de sentido común, el concepto se integra por un conjunto heterogéneo y muy variable, cercano en algunos casos a los datos científicos y leyes de la naturaleza y, en otros, a valoraciones morales, prejuicios e, incluso, refranes populares. Por esto mismo es necesario que los jueces hagan referencia expresa en sus resoluciones a las máximas de experiencia en las que justifican su decisión, para que así se pueda controlar su eventual arbitrariedad o la consistencia de su basamento empírico.

CASO: Sobre la motivación de los conocimientos científicos y las máximas de experiencia.

Objetivo formativo: Adquirir plena conciencia de la necesidad de explicar (motivar) las razones por las que el juez atribuye valor en su resolución a determinados conocimientos científicos y máximas de experiencia.

Construcción del caso:

- 1) Deberán identificarse máximas de experiencia utilizadas en resoluciones judiciales y aplicarlas a casos prácticos, motivando las razones por las que se les ha atribuido valor. A modo de ejemplo de máximas de experiencia: “En las primeras declaraciones el imputado normalmente dice la verdad”; “la seguridad en la declaración del testigo refleja su veracidad”; “el testimonio de un policía es más fiable que el de otros testigos”; etcétera.
- 2) Otro tanto con conocimientos científicos utilizados en la valoración de la prueba.

XII.5.2. El principio de inmediación y su influencia en la libre valoración de las pruebas

El principio de inmediación en la valoración de la prueba no es otra cosa que la apreciación personal y directa por el juez de los medios de prueba que se desarrollan en el proceso o, en otras palabras, la presencia e intervención directa del juez en la práctica de los medios de prueba.

La inmediación se ha venido considerando como un principio básico del proceso, especialmente en el orden penal, y requisito imprescindible para poder hablar de libre valoración de la prueba, ya que sin la apreciación inmediata y directa por el juez de los medios de prueba no es posible que éste funde adecuadamente su convicción.

El problema se plantea —especialmente en la valoración de las fuentes personales de prueba— cuando se utiliza la inmediación como método a través del cual el juez funda su convencimiento en las impresiones recibidas en la práctica directa de los medios de prueba, con lo que la libre valoración de la prueba se carga de irracionalidad y deviene en excusa para no motivar las resoluciones, dado que la información que las personas pueden transmitir mediante el lenguaje corporal o gestual (titubeos, dudas, seguridad, inseguridad, apariencia de credibilidad, nerviosismo, etc.) está cargada de ambigüedades y es de muy difícil interpretación por el juzgador sin riesgo de error.

Como pone de manifiesto IACOVIELLO³⁵ “la oralidad-inmediación es una técnica de formación de las pruebas, no un método para el convencimiento del juez... tiene un valor instrumental y, en calidad de tal medio (al servicio de otros medios, los de prueba), puede ser objeto de usos correctos o incorrectos, y es, precisamente, de la calidad del uso, de la que depende la calidad de la garantía”.

En similar sentido se pronuncia la sentencia del TSE de 21 de noviembre de 2003, (sexto fundamento jurídico): “La Sala de Instancia opera normalmente con inmediación, lo que representa un valor, cuando significa contacto directo con las fuentes personales de prueba. Pero la inmediación es sólo un medio, no un método de adquisición de conocimiento, y de su empleo pueden obtenerse buenos y malos resultados”.

La consideración del principio de inmediación como un método de adquisición de conocimiento que permite formar la convicción del juez, con las perniciosas consecuencias vistas, ha sido recogida por la jurisprudencia del propio TCE. Buena muestra de ello es la sentencia 217/1989, de 21 de diciembre, al considerar que “es consustancial a los principios de oralidad, inmediación y libre valoración de la prueba el examinar los gestos de los intervinientes en la misma, tales como los de turbación o sorpresa, a través de los cuales pueda el Juez o Tribunal de instancia fundar su íntima convicción acerca de la veracidad o mendacidad de la declaración de los intervinientes en la prueba, con respecto a los cuales el juzgador de instancia es dueño en su valoración, sin

35 F.M. IACOVIELLO, La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in cassazione, Giuffrè, Milano, 1997, pág. 151, citado por P.A. IBÁÑEZ en el artículo Sobre el valor de la inmediación (una aproximación crítica). Dossier del Seminario “Motivación y argumentación probatoria” que el autor dirigió en la Escuela Judicial Española durante el curso 2003-2005.

que este Tribunal pueda entrar a conocer de ellos, pues, aparte de ser inherentes al principio de oralidad, el Tribunal Constitucional no constituye Tribunal de apelación”.

No obstante, este enfoque ha ido modificándose paulatinamente y, así, en fecha mucho más cercana, la ya citada sentencia del TSE de 21 de noviembre de 2003, establece: “... el Tribunal sentenciador debe dar cuenta de la clase de uso que ha hecho de la intermediación y no ampararse en su mera concurrencia y en una hermética valoración «en conciencia», para privar a las partes y, eventualmente, a otra instancia en vía de recurso, de la posibilidad de saber qué fue lo sucedido en el juicio y por qué se ha decidido de la manera que consta. Por eso, un correcto ejercicio de la intermediación y del deber de motivación, al posibilitar la comprensión de la «ratio decidendi», favorece el ejercicio de la crítica en que debe consistir toda revisión jurisdiccional y, al mismo tiempo, circunscribe dentro de ciertos límites el ejercicio de ésta por otro Tribunal”.

Otra sentencia del TSE, en esta caso la de 19 de junio de 2002, recoge los distintos papeles que, desde la perspectiva de la intermediación, corresponden al juzgador de instancia y al tribunal de casación, al indicar que, si bien “la valoración original de la prueba corresponde al juzgador ante el que se desarrolla, también lo es que a esta instancia de casación le está atribuida una función de control de la razonabilidad del discurso probatorio; es decir, la realización de un juicio sobre el juicio, que versará, por tanto, sobre el tratamiento del «thema probandum» en la sentencia que hubiera sido impugnada, con objeto de verificar su grado de racionalidad y equilibrio. Ello debido a que la intermediación de que goza el juzgador de instancia tiene la condición de elemento necesario, pero no suficiente para asegurar la calidad del enjuiciamiento, pues puede muy bien ocurrir que datos probatorios bien obtenidos en principio, sean incorrectamente apreciados, ya porque se haya prescindido de manera arbitraria de otros también existentes, bien por la aplicación a los mismos de máximas de experiencia no pertinentes, o, en fin, porque del examen de aquéllos a la luz de éstas hubieran podido extraerse consecuencias no suficientemente amparadas por las premisas”.

La citada sentencia muestra el juego de garantías que la correcta actuación del órgano de instancia y el de casación –cada uno en su esfera de competencia- suponen para los derechos de las partes. Tanto una garantía “ex ante”, en cuanto el juzgador de instancia, conocedor de que su resolución podrá ser objeto de control por otro tribunal, realizará un discurso lógico y transparente a través de la motivación, como un control “ex post”, derivado del juicio sobre el juicio que se desarrollará en el tribunal de casación al resolver el recurso. Termina diciendo la resolución del TSE: “Cierto que el juzgador de segundo grado no habrá dispuesto de intermediación, pero si el de instancia ha cumplido satisfactoriamente su deber constitucional de motivación –sobre todo en materia de la «quaestio facti»– y el desarrollo del juicio se encuentra debidamente documentado, ese déficit resultará compensado por la aptitud de aquel tribunal para operar con una capacidad de distancia crítica que no habría estado al alcance del que intervino primero. Así, es, precisamente el juego de ambos momentos jurisdiccionales en su interactiva complementariedad, lo que presta el máximo de garantía de la calidad del enjuiciamiento”.

XII.6. La motivación de los hechos

Tradicionalmente, la motivación de los hechos, a diferencia de la interpretación de las normas, no ha sido objeto de estudio, bien porque se consideraba que no planteaba problemas, bien porque se mantenía un postura derrotista, entendiendo que era imposible evitar la discrecionalidad judicial. Pero es precisamente este último argumento el que pone de manifiesto la importancia de la motivación de los hechos, en cuanto al ser mayor la discrecionalidad judicial el riesgo de arbitrariedad también es superior y, por tanto, aumenta la necesidad de que el juez justifique sus decisiones y las motive.

La necesidad de motivación de los hechos deviene inexcusable si se pretende evitar que el principio de libre valoración de la prueba se convierta en valoración discrecional, subjetiva y arbitraria. Si valorar la prueba es comprobar que los enunciados fácticos se corresponden con los hechos que describen, este proceso debe realizarse racionalmente, de manera que al juzgador le resulte razonable, a la vista de las pruebas obrantes, dar por probables (más allá de la duda) ciertos enunciados fácticos. En este sentido conviene añadir que la valoración probatoria no persigue obtener la verdad absoluta, empeño imposible, sino que ha de concebirse, como escribe GASTÓN ABELLÁN, “como una actividad racional consistente en la elección de la hipótesis más probable entre las diversas reconstrucciones posibles de los hechos”. En definitiva, “los esquemas de valoración racional son necesariamente esquemas probabilísticos”³⁶.

A continuación veremos algunos de los aspectos que inciden sobre la valoración de la prueba y, por ende, sobre la motivación de los hechos.

XII.6.1 Valoración individualizada de todas las pruebas. Necesidad de motivar todas la pruebas

La valoración del material probatorio del proceso debe comprender el análisis individualizado de todos los medios de prueba, siguiendo los siguientes pasos³⁷:

- a. Identificación por el juez de todas las fuentes probatorias sobre las que sustenta la relación de hechos probados y descripción de su contenido.** Esta descripción de todas los medios de prueba que son objeto de valoración judicial permite el control de las partes y de los tribunales, que podrán saber si se tienen en cuenta o no fuentes de prueba no admitidas por la ley, se introducen pruebas que no constan en las actas del proceso, si se altera una prueba, si se omite una prueba decisiva, etcétera.

36 M. GASTÓN ABELLÁN, Los hechos en el derecho, p. 161. La obra recoge un estudio detallado de los distintos modelos probabilísticos de valoración, que se dividen en dos grandes grupos que se corresponden con las dos grandes nociones de probabilidad (la matemática y la estadística): a) modelos de valoración basados en métodos o instrumentos matemáticos; y b) modelos basados en esquemas de confirmación, pp. 161-187.

37 J. IGARTUA SALAVERRÍA. La motivación de las sentencias, imperativo constitucional, pp. 152-156.

b. Valoración individualizada de cada una de las pruebas, dirigida a examinar su fiabilidad.

Con carácter previo a la valoración conjunta de la prueba –a la que después se hará referencia–, que pretende “calibrar la probabilidad de una hipótesis fáctica”, la valoración individualizada persigue determinar la fiabilidad de cada una de las pruebas. Las razones que apoyan la fiabilidad de cada prueba deben recogerse en la motivación. La fiabilidad de las pruebas puede ser muy diferente; en este sentido y a modo de ejemplo extremo, basta mencionar la prueba de ADN como contraposición a la declaración de un coimputado.

c. La exigencia de motivación se extiende a todas las pruebas.

En principio, parece claro que, como regla general, la motivación debe extenderse a todas las pruebas practicadas. La única excepción se encontraría en las pruebas “superfluas”, entendiéndose por tales aquellas que no suministren información probatoria ni doten de fiabilidad al resto de la practicada. Sin embargo, conviene detenerse en algunos supuestos en los que las normas o la práctica forense rebajan la necesidad de motivación.

I. Los hechos notorios. Hechos notorios son aquellos conocidos –o que pueden serlo– por todos y, por tanto, también por el juez. No debe confundirse la notoriedad de un hecho con su conocimiento privado por el juez o, por decirlo con otras palabras, que un hecho sea conocido (“notorio”) para el juez, no lo convierte en notorio en la acepción que a efectos probatorios interesa. La diferencia radica en la dimensión pública de los hechos notorios, que, con independencia de su percepción directa por el juez, son de conocimiento general y público, estando su existencia perfectamente acreditada³⁸.

El art. 171 CPP, referido a la admisibilidad de la prueba, permite al juez o tribunal prescindir de la ofrecida para acreditar un hecho notorio. Se mantiene en consonancia con la mayoría de los códigos procesales y con la jurisprudencia y doctrina dominantes.

Los hechos notorios, en cuanto conocidos por la colectividad y, por tanto, acreditados, no es necesario que sean probados. Su prueba resulta superflua y ningún problema plantea. Como señala la sentencia del TSE de 15 de diciembre de 1994: “La prueba pretende hacer conocido un hecho desconocido, pero siempre están exonerados de prueba los hechos notorios, debiendo entenderse por tales los hechos conocidos que forman parte de la cultura de un grupo social determinado y no obstante su relatividad, los hechos notorios son por propia definición conocidos, por ello están exonerados de la *necessitas probando*”.

Otra cosa es que si existe duda acerca del carácter notorio del hecho cuya prueba se plantea deba ser probado³⁹. Como pone de manifiesto el Tribunal Constitucional español⁴⁰, es necesario

38 Por poner un ejemplo: Es un hecho notorio el tsunami ocurrido en Asia. No lo sería el fallecimiento en el mismo de un ciudadano dominicano, por más que fuese conocido por el juez debido a su vecindad con la víctima.

39 La referida sentencia del TSE de 15 de diciembre de 1994 plantea un supuesto interesante, en cuanto entiende, en consonancia con el tribunal de instancia, que es un hecho notorio que el valor de los objetos de procedencia ilícita adquiridos por los condenados –en un delito de receptación– excede de 30.000 pesetas, dado que “fue acreditado con las pruebas las grandes listas de objetos recogidos en el «factum», y hallados tanto en la calle Mayor número 164, como en otro local sin número de la misma calle, en la bodega y en la huerta y caseta, no cabe duda de que la pluralidad de maquinaria y objetos supone un valor no inferior a las treinta mil pesetas, sino notoriamente excedente de diez veces dicha cantidad”. Este supuesto bien puede encuadrarse en aquellos en los que la “notoriedad” de los hechos puede ser discutida.

40 Sentencia del Tribunal Constitucional español 59/1986, de 19 de mayo.

saber “qué hechos son notorios, ya que la notoriedad es un concepto relativo e indeterminado, vario y plural, y lo mismo puede referirse a hechos procesales, que extraprocesales”. Por el contrario, el conocimiento privado de un hecho por el juez no elimina la obligación de acreditarlo, ya que, en caso contrario, estaríamos abriendo la puerta a la arbitrariedad.

2. Las constataciones. En palabras de GASTÓN ABELLÁN⁴¹, “las constataciones son las pruebas que derivan de la observación directa del juez, de manera que, siendo el propio juzgador el que directamente ha observado el hecho que constata, la motivación se resume en la expresión de esa constatación”. Si el juez percibe directamente unos hechos, la forma de acreditar la veracidad de esos hechos es, simplemente, describir que se han percibido. Esto no impide que puedan existir problemas de percepción por el juez, pero mientras no se acredite algún error de percepción, la manifestación de lo que el juez ha percibido hace válida prueba de aquello que se describe.
3. La prueba directa e indiciaria. Mayores problemas se han planteado en torno a la necesidad de motivar la prueba directa.

Con carácter previo debe definirse que se entiende por prueba directa, dado que los enfoques han sido varios. CARNELUTTI⁴² diferencia la prueba directa de la indirecta desde la perspectiva de la percepción judicial, entendiéndolo por prueba directa aquella en la que el juez percibe directamente el hecho a probar; y prueba indirecta la que proporciona otro hecho del que se puede obtener el primero. Esta concepción le lleva a calificar como pruebas directas la declaración testifical y la documental y, entre las indirectas, las presunciones y los indicios. Sin embargo esta distinción ha sido objeto de crítica por su vaguedad –al fundarse en un elemento tan genérico e indeterminado como la “percepción del juez”– y por su falta de realidad –ya que difícilmente puede sostenerse que el juez perciba directamente el hecho a probar escuchando la declaración de un testigo. En realidad, de acuerdo con esta teoría solo sería verdadera prueba directa el reconocimiento judicial.

Frente a esta concepción ha cobrado mayor valor la efectuada por TARUFFO⁴³, que centra la distinción en función “de la relación que se dé entre el hecho a probar y el objeto de la prueba”, de manera que la prueba es directa cuando “versa directamente sobre el hecho a probar” y es indirecta cuando “el objeto de la prueba está constituido por un hecho distinto de aquel que debe ser probado por ser jurídicamente relevante a los efectos de la decisión”. Por poner un ejemplo: el testimonio de quien presenciado como el imputado disparaba sobre la víctima causándole la muerte constituye prueba directa; el testimonio de quien vio merodear al imputado por el lugar del crimen constituye prueba indirecta.

El CPP, en su art. 171, asume esta segunda distinción entre prueba directa e indirecta, al referirse a que la admisibilidad de la prueba está sujeta a su referencia directa o indirecta con el objeto del hecho investigado y a su utilidad para descubrir la verdad.

41 M. GASTÓN ABELLÁN. Los hechos en el derecho, p. 205.

42 CARNELUTTI. La proba civile.

43 M. TARUFFO. La prueba de los hechos. Editorial Trotta, 2002, pp. 455 y siguientes.

En la práctica forense se ha venido exigiendo –de forma pacífica- la motivación de la prueba indirecta o indiciaria. El TCE⁴⁴ ha establecido los requisitos necesarios para que la prueba indiciaria tenga valor probatorio, estableciendo que “los hechos constitutivos de delito deben deducirse de hechos plenamente probados a través de un proceso mental razonado y acorde con las reglas del criterio humano, explicitado en la resolución condenatoria. Sólo en caso de falta de lógica o incoherencia, porque los indicios considerados excluyan o no conduzcan naturalmente al hecho de que ellos se hace derivar o por su carácter no concluyente por excesivamente abierto, débil o indeterminado, podría constatarse la irrazonabilidad de una inferencia condenatoria”.

También el TSE⁴⁵, en consonancia con el Constitucional, ha detallado las condiciones exigidas a la prueba indiciaria para su aceptación probatoria. Estas condiciones, en síntesis, son:

- 1.** Los indicios han de estar plenamente acreditados; exigencia cuyo control casacional no posibilita la revaloración de las pruebas directas practicadas para la demostración de cada indicio o hecho base, al corresponder tal juicio valorativo al Tribunal de Instancia de conformidad con el artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.
- 2.** Los indicios han de ser plurales, porque es la acumulación de ellos en un mismo sentido lo que permite formar la convicción del tribunal excluyendo toda duda; si bien excepcionalmente cabe que el indicio sea único pero de singular potencia acreditativa, o que un solo hecho-base se pueda diversificar en una pluralidad de indicios, pues tal multiplicidad o pluralidad no necesariamente deriva de hechos distintos sino de que recaigan sobre un mismo objeto.
- 3.** Los indicios deben estar conectados o relacionados material y directamente con el hecho criminal y su agente.
- 4.** Deben estar interrelacionados.
- 5.** Es necesario que a partir de esos indicios se deduzca el hecho consecuencia como juicio de inferencia razonable, es decir; que no solamente no sea arbitrario, absurdo o infundado, sino que responda plenamente a las reglas de la lógica y de la experiencia, de manera que de los hechos base acreditados fluya, como conclusión natural el dato precisado de demostración existiendo entre ambos un «enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano».
- 6.** En el ámbito de lo formal es preciso que la sentencia exprese cuáles son los hechos base o indicios en que se apoya el juicio de inferencia, y que explicita el razonamiento a través del cual partiendo de los indicios se llega a la convicción sobre el acaecimiento del hecho punible y la participación del acusado.

44 Sentencia del Tribunal Constitucional español 56/2003, de 24 de marzo, con mención de las sentencias del mismo tribunal 24/1997, de 11 de febrero; 189/1998, de 28 de septiembre; 220/1998, de 16 de noviembre; 120/1999, de 28 de junio; 198/2002, de 28 de octubre.

45 Sentencias del Tribunal Supremo español de 3 de mayo de 1999 y 25 de junio de 2003, entre otras.

Por el contrario, la jurisprudencia ha venido relativizando la necesidad de motivar la prueba directa, y ello por varias razones. En primer lugar, porque, la prueba directa ofrece menores problemas valorativos que la indiciaria, en cuanto la demostración del hecho enjuiciado surge de modo directo e inmediato del medio de prueba utilizado, mientras que la prueba indiciaria requiere de operaciones mentales complejas, que introducen una mayor subjetividad del juez, en cuanto mentalmente ha de realizar el engarce entre el hecho base y el hecho consecuencia. Un simple ejemplo permite apreciarlo con claridad: si se está enjuiciando la muerte de A, causada por el disparo de B, y un testigo declara que vio como B disparaba sobre A, causándole la muerte, si se toma como válida y verdadera la prueba testifical también lo será la hipótesis acusatoria, y no serán necesarias complejas operaciones mentales de inferencia. Con todo, existen autores⁴⁶ que consideran que “la prueba directa tiene también naturaleza inductiva, y lo único que la separa de la prueba indirecta es el número de pasos inferenciales de que consta”, por lo que nada la exime de la exigencia de motivación.

Otro de los motivos para negar la necesidad de motivación de la prueba directa es su carácter superfluo, dado que las partes la conocieron por su intervención en el proceso, estando presentes durante su práctica. Sin embargo, esta circunstancia no elimina la necesidad de que el juez motive el valor que atribuye a la prueba directa y, en particular, a la fiabilidad que le merece, como paso previa a la inferencia entre la prueba y el hecho objeto de la misma.

Por último, también se alega que, “tratándose de una operación subjetiva, fruto de la experiencia y reglas operativas sobre la valoración de la prueba, que es de libre competencia del juzgador, conforme al artículo 741 LECRM, es de difícil expresión, razón por la que no se exige su fundamentación expresa”⁴⁷. La sentencia citada se está refiriendo al problema -expuesto con anterioridad- de la consideración del principio de inmediación como método para que el juez funde su convencimiento en las impresiones recibidas en la práctica directa de los medios de prueba, fundamentalmente en las fuentes de prueba personales, y los problemas que ello suscita por la dificultad que para el juzgador supone valorar correctamente y sin error la información que suministra el lenguaje corporal o gestual. Me remito a la crítica ya expuesta al respecto.

46 M. GASTÓN ABELLÁN. Los hechos y el derecho, p. 206.

47 Sentencia del TSE de 11 de noviembre de 1998 (con cita de las del mismo Tribunal de 31 de mayo y 24 de noviembre 1993 y 28 de enero de 1991; y del TCE 174/1985, 55/1987 y 1427/1994). Merece la pena transcribir la mencionada sentencia, como muestra de una determinada concepción acerca de la conexión entre el principio de inmediación y la valoración de la prueba: “... su motivación es superflua cuando de prueba directa se trata, de un lado, porque las partes conocieron ésta por su intervención en el proceso y en la práctica de las mismas, y, de otra, porque, tratándose de una operación subjetiva, fruto de la experiencia y de reglas operativas sobre la valoración de la prueba, que es de libre competencia del juzgador, conforme al art. 741 LECR, es de difícil expresión, razón por la que no se exige su fundamentación expresa, siendo distinto el caso cuando de una operación racional de valoración de la prueba de indicios se trate, en que se hace preciso constatar que el razonamiento deductivo no es arbitrario”.

CASO: Motivación de la prueba indirecta o indiciaria y de la prueba directa. Identificación de hechos notorios.

Objetivo formativo: Distinguir con claridad los supuestos de prueba directa e indiciaria. Distinguir los hechos notorios de los conocidos privadamente por el juzgador.

Construcción del caso:

- 1) Deberán seleccionarse diversas resoluciones judiciales obtenidas de procesos reales e identificar los supuestos de prueba directa e indiciaria y valorar la motivación en cada caso, con objeto de apreciar las diferencias en ambos tipos de prueba.
- 2) Identificar supuestos de hechos notorios claros y otros en los que resulte discutible que lo sean, de aquellos supuestos de hechos conocidos privadamente por el juez.

XII.6.2. Valoración conjunta de la prueba y coherencia narrativa

Después de la valoración individualizada de toda la prueba, el siguiente paso necesario y complementario es el de la valoración conjunta de la prueba, con la finalidad de “construir una historia que sea internamente consistente y congruente respecto de los hechos”⁴⁸.

La valoración conjunta de la prueba, precedida de la valoración individualizada de las pruebas practicadas, cobra su verdadero sentido, sobre todo si tenemos en cuenta la complejidad que normalmente conlleva la justificación de los hechos. Así, en la mayoría de las ocasiones los elementos probatorios que concurren a favor y en contra de una hipótesis son muy diversos y no todos tienen el mismo valor probatorio. En otras muchas ocasiones, los mismos elementos probatorios permiten justificar hipótesis diversas, que deben ser confrontadas, explicando por qué se opta por una en detrimento de otra. En todos estos supuestos, la valoración conjunta de toda la prueba deviene imprescindible para dotar al discurso judicial de coherencia lógica y argumentativa. En palabras del TCE⁴⁹: “...el órgano judicial, a partir de una valoración conjunta de la prueba practicada, al tiempo que excluye otras hipótesis por absurdas, alcanza una inferencia que, ..., ha de considerarse lógica y expresiva de un proceso mental razonado y acorde con las reglas del criterio humano”.

- a. Siguiendo a IGARTUA SALAVERRÍA⁵⁰, los requisitos que debe reunir la hipótesis narrada en la sentencia, a la que se ha llegado tras una adecuada valoración conjunta de la prueba, serían los siguientes:

48 J. IGARTUA SALAVERRÍA. La motivación de las sentencias, imperativo constitucional, p. 182.

49 Auto del TC español 138/2000, de 12 de junio.

50 J. IGARTUA SALAVERRÍA. La motivación de las sentencias, imperativo constitucional, pp. 183 y siguientes.

- b.** Que la hipótesis (historia) reconstruida explique los hechos de la causa de una manera consistente, coherente y sea “verdadera”, entendiendo por tal que tenga “poderosos y rigurosos anclajes en las pruebas producidas en el proceso y valoradas de conformidad con estándares lógicos y empíricos”.
- c.** Que la historia supere el experimento de la falsación, esto es, el contraste con las pruebas que intentan confutarla.
- d.** Sin embargo, el mayor desafío que plantea la valoración conjunta de la prueba no reside “tanto en la dificultad de fundar una reconstrucción de los hechos compatible con las pruebas, cuanto en la pluralidad de reconstrucciones que las mismas pruebas puedan justificar”⁵¹. A este supuesto se refiere el TC español al indicar que “puede ocurrir que los mismos hechos probados permitan en hipótesis diversas conclusiones o se ofrezcan en el proceso interpretaciones distintas de los mismos. En este caso el Tribunal debe tener en cuenta todas ellas y razonar por qué elige la que estima como conveniente”⁵².

En estos supuestos de concurrencia de dos o más reconstrucciones o historias, el criterio para elegir una de ellas debe ser el de la coherencia: será elegida la que mayor número de circunstancias logre explicar y la que mejor explique los hechos.

No obstante, aun aceptando el criterio de la coherencia narrativa como el adecuado para elegir la hipótesis más probable y, teniendo en cuenta que es una cuestión de grado, existe otro elemento que no puede olvidarse a la hora de confirmar una hipótesis: las exigencias institucionales que imponen una mayor o menor severidad para aceptar una u otra hipótesis en función de los objetivos que se persiguen y de los valores que están en juego. Por decirlo con mayor claridad, al confrontar una determinada hipótesis frente a otra se pueden cometer dos errores: aceptarla como verdadera aunque sea falsa o, rechazarla como falsa, siendo verdadera. La postura que se mantiene sobre el posible error no es la misma en todos los casos, así, no son iguales los requisitos exigidos en el proceso civil que en el penal para tener por aceptada una hipótesis. En el proceso civil suele bastar con la probabilidad preponderante de la hipótesis elegida, mientras que en el proceso penal la exigencia es mayor, exigiéndose que la probabilidad de la hipótesis condenatoria esté más allá de toda duda razonable. En un lenguaje muy coloquial podríamos decir que el proceso penal, ante la disyuntiva entre condenar a un inocente o absolver a un culpable, opta por lo segundo.

51 P. FERRUA. Declino del contradictorio e galantismo reattivo: la difficile ricerca di nuovi equilibri processuali, *Questione giustizia*, 1995, núm. 2, p. 430; citado por IGARTUA SALAVERRÍA en la obra de la nota anterior, p. 184.

52 Sentencia TC 174/1985, de 17 de diciembre.

CASO: Sobre la coherencia narrativa de diversas hipótesis, partiendo de los hechos que se consideran probados.

Objetivo formativo: Valorar la mayor coherencia en el supuesto de existencia de diversas hipótesis sobre los mismos hechos.

Construcción del caso:

1) Deberá aportarse una relación de hechos probados que permita construir diversas hipótesis o “historias”, discutiendo los argumentos por los que una se considera más coherente que las restantes.

A modo de sencillo ejemplo sobre la coherencia de distintas hipótesis se puede incluir el siguiente:

Un hombre se dedica a la venta de droga en su domicilio, una humilde y pequeña chabola de tres habitaciones que comparte con su mujer. El esposo y su mujer carecen de trabajo. Dentro de la vivienda hay electrodomésticos, así como varias televisiones y equipos de música de gran valor, y los dos cónyuges llevan relojes de pulsera de oro. Acuden a comprar numerosos clientes que entran dentro de la vivienda para realizar las transacciones.

Hipótesis A: La mujer desconoce la actividad del marido, nunca se ha interesado por las visitas que recibe ni le ha preguntado por la procedencia de los objetos que hay dentro de la casa.

Hipótesis B: La mujer es perfectamente conocedora de la actividad del esposo y colabora con él.

¿Cuál de las dos hipótesis es más coherente?

XII.7. Motivación de la premisa normativa

El TCE viene estableciendo de manera uniforme que la exigencia real de una fundamentación jurídica de la sentencia se vincula directamente con la tutela judicial efectiva, consagrada en el art. 24.1 CE, que comprende el derecho a obtener una resolución fundada en Derecho, como garantía -dada la esencia de la función jurisdiccional- frente a la arbitrariedad e irrazonabilidad en la actuación de los poderes públicos. La mencionada exigencia constitucional no puede entenderse cumplida con una fundamentación cualquiera del pronunciamiento judicial. Muy al contrario, es precisa «una fundamentación en derecho»; es decir, que en la propia resolución se evidencie de modo incuestionable que su razón de ser es una aplicación razonada de las normas que se consideren adecuadas al caso⁵³.

⁵³ Sentencia TC español 112/1996, de 24 de junio.

Por tanto, no cabe duda que el juez deberá explicar razonadamente en su resolución las normas jurídicas que considera aplicables y, también, porque no considera de aplicación –en su caso– las normas jurídicas alegadas por las partes.

Sin embargo, la fundamentación jurídica de las resoluciones judiciales plantea en ocasiones un problema de gran importancia en la motivación: la interpretación del significado de la disposición aplicable cuando éste es discutido⁵⁴.

Resulta evidente que la motivación de la decisión interpretativa sobre la disposición aplicable solo tendrá lugar cuando haya un desacuerdo entre el juez y las partes, ya que si todos los intervinientes en el proceso están de acuerdo en que la disposición legal aplicable solo puede entenderse de una manera, no hay más que decir:

Los desacuerdos interpretativos se pueden plantear en tres frentes distintos, atendiendo a la triple dimensión de las disposiciones legales: la lingüística, la sistémica y la funcional.

En el plano lingüístico, las divergencias se plantean en torno al significado de los textos legales, considerando que el lenguaje legal está plagado de ambigüedades y vaguedades.

Los desacuerdos en la plano sistémico derivan de la consideración del ordenamiento jurídico como un conjunto ordenado, en el que las disposiciones jurídicas se interrelacionan, de manera que dos disposiciones legales, lingüísticamente impecables, pueden colisionar porque sus respectivos significados literales son incompatibles entre sí.

Por último, si las normas pretenden conseguir una determinada finalidad, los problemas interpretativos en el plano funcional se plantearán cuando una disposición, cuyo significado no ofrece dudas, ni resulta incompatible con otras disposiciones, sin embargo, si se aplica literalmente, parece apartarse de la finalidad perseguida por el legislador. Este “resultado” distinto del perseguido por el legislador puede ser apreciado de distintas maneras: porque el supuesto de aplicación es excepcional y la aplicación literal de la disposición conduce a una situación injusta, porque el legislador no se planteó ese caso concreto, porque contrasta con los valores dominantes en la sociedad, etcétera.

Para solucionar estos problemas interpretativos el ordenamiento jurídico aporta diversas y variadas reglas interpretativas –unas generales y otras particulares; algunas recogidas en disposiciones legales y otras no; algunas jurídicas y otras racionales; lingüísticas, lógicas o valorativas, etcétera–, cuyo valor también es distinto –algunas son obligatorias, otras aconsejables y otras meramente admisibles.

Como la utilización de unos u otros criterios interpretativos puede conducir a soluciones interpretativas divergentes, el juez o tribunal se verá obligado a elegir unos en detrimento de otros. Esta opción por unas reglas interpretativas en detrimento de otras deberá recogerse en la motivación de la resolución judicial, de la misma manera que deberá argumentarse el rechazo de

⁵⁴ Este trabajo sigue el desarrollo que del problema de la “decisión de interpretación” realiza J. IGARTUA SALAVERRÍA. La motivación de las sentencias, imperativo constitucional, pp. 116 y ss.

las tesis interpretativas de las partes. Sin embargo, muy habitualmente, estos ámbitos de decisión judicial no se recogen en la motivación de las sentencias.

Para defender que no es necesario motivar en la sentencia las razones del rechazo de los argumentos jurídicos utilizados por las partes para atribuir una determinada interpretación a una disposición legal se arguye que el juez no está supeditado a las alegaciones interpretativas de las partes, aduciendo dos principios o fórmulas ya tradicionales en la ciencia jurídica: “*da mihi factum tibi dabo ius*” (dame el hecho y te daré el derecho) y su corolario “*iura novit curia*”, cuya manifestación más decisiva es que el juez no está vinculado a las alegaciones jurídicas de las partes porque se presume que conoce el derecho.

Esta doctrina jurisprudencial se aprecia con claridad en la sentencia TCE 180/1993, de 31 de mayo, al establecer que “el deber constitucional de motivación de las resoluciones judiciales, no puede, rectamente entendido, implicar una obligación adicional para el juez o tribunal de explicar no sólo qué normas jurídicas aplica para resolver la contienda sino, además, por qué deja de aplicar otras normas del ordenamiento jurídico de mayor o menor relevancia para el caso. Una exigencia de esta naturaleza resultaría una carga excesiva para los órganos judiciales carente de apoyatura constitucional y susceptible de perjudicar gravemente el correcto desenvolvimiento de la Administración de Justicia y la deseable celeridad de los procesos (art. 24.2 CE)”⁵⁵.

No obstante la jurisprudencia constitucional citada, una adecuada concepción del deber constitucional de motivación de las resoluciones judiciales debe exigir que, pese al poder que este principio confiere al juez, “cuando el órgano judicial ejerce los poderes que confiere el principio *iura novit curia* y altera la calificación jurídica realizada por las partes o la acusación y/o las normas consideradas aplicables por aquéllas, el principio de contradicción se convierte en un límite para el juez (...) e impone al juez la obligación de motivar el rechazo de la selección normativa o de la calificación jurídica efectuada por las partes”⁵⁶.

El art. 336 CPP permite que en la sentencia el tribunal pueda dar al hecho una calificación jurídica diferente de la contenida en la acusación. En este supuesto surge también un deber reforzado de motivación, debiendo el órgano judicial justificar y razonar el rechazo de la calificación jurídica recogida en la acusación.

55 Esta sentencia convalidaba como suficientemente motivada una sentencia en apelación revocatoria de lo fallado en primera instancia (en base a una directiva comunitaria) mediante la simple aplicación del derecho nacional, sin explicar porqué se consideraba inaplicable la norma comunitaria invocada por el primer tribunal. No obstante, dos magistrados se apartaron del parecer mayoritario formulando un voto particular; en el que defiende una postura distinta, más respetuosa con la consideración de la motivación como salvaguarda del derecho a la tutela judicial efectiva. Por su interés, merece destacar el voto particular; según el cual: “Una cosa es que se pueda sostener su no aplicabilidad directa, y otra bien distinta es que el órgano judicial, que es también Juez del Derecho comunitario prescinda por completo de la existencia de esa Directiva y se limite a resolver desde la interpretación de una norma interna, sobre cuyo alcance no existía discrepancia entre las partes. Al dictar Sentencia y resolver el caso controvertido, el órgano judicial debió pronunciarse sobre la vigencia, prevalencia y jerarquía de esas normas, lo que la Sentencia impugnada omite por entender «inoperativo a su análisis»; sin embargo, la aplicación o no de dicha Directiva constituía una premisa necesaria para resolver sobre la aplicación del Derecho nacional. Aunque del contexto de la Sentencia pudiera deducirse que el Tribunal no ha considerado de aplicación la Directiva, no explicita las razones que le han llevado a esta inaplicación y a hacer prevalecer el Derecho nacional, en eventual contraste, según sostienen los recurrentes, con la Directiva. Esta falta de respuesta o, en su caso, de motivación, sobre el tema central objeto del debate, alcanza relevancia constitucional y supone un defecto de tutela judicial que lesiona el derecho fundamental de los recurrentes reconocido en el art. 24.1 CE, por lo que el recurso de amparo debería haber sido estimado”.

56 F.J. EZQUIAGA GANUZAS. “*iura novit curia*” y aplicación judicial del derecho. Valladolid, 2000, p. 27. Citado por J. IGARTUA SALAVERRÍA. La motivación de las sentencias, imperativo constitucional, p. 129.

Si, como hemos visto, para resolver las dudas interpretativas que plantea una disposición jurídica el juez tiene que escoger entre distintas reglas interpretativas y las elegidas se contraponen a las aducidas por las partes, la interdicción de la arbitrariedad exigirá que el juez no solo justifique que su decisión es jurídicamente correcta, sino que es más razonable que las postuladas por las partes. En otras palabras, "el juez está obligado a presentar su opción como la mejor de las presentes"⁵⁷.

CASO: Sobre la interpretación del significado de la norma aplicable al caso.

Objetivo formativo: Estudiar supuestos de divergencia en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas aplicables al caso entre el juez y las partes, las reglas interpretativas aplicables y la motivación en la resolución de la opción elegida.

Construcción del caso:

1) Deberán seleccionarse supuestos de hecho -preferentemente extraídos de casos reales- en los que se plantee una divergencia en la interpretación de la norma jurídica aplicable, identificando los criterios interpretativos aplicados y valorando la motivación recogida en la resolución.

XII.8 La individualización de la pena y su motivación

Existe un aspecto de la sentencia penal que tradicionalmente se ha venido excluyendo de la obligación de motivar: la individualización de la pena impuesta en aquellos supuestos en los que el legislador deja al juez márgenes de decisión más o menos amplios⁵⁸. Este ámbito de discrecionalidad está plenamente justificado si se quiere favorecer la búsqueda de la mejor solución en cada caso concreto, que podría perjudicarse en caso de establecer criterios rígidos que impidan al juez un cierto margen en la elección de las consecuencias jurídicas del caso enjuiciado. Por otra parte, no cabe dudar de la capacidad profesional de los jueces para escoger la solución más adecuada en cada caso individual.

Por tanto, el problema no es la existencia de un margen de arbitrio judicial, sino el control de la decisión final mediante la necesaria justificación por el juez en sus resoluciones de los criterios utilizados para optar por una u otra solución.

57 E. DICIOTTI. Interpretazione della legge e discorso razionale. Turín, 1999, p. 200, citado por J. IGARTUA SALAVERRÍA. La motivación de las sentencias, imperativo constitucional, p. 131.

58 Así sucede, entre otros muchos preceptos, con el art. 463 CPD, que recoge la escala de la que pueden hacer uso los tribunales para modificar las penas cuando en favor del acusado existan circunstancias atenuantes. Esta escala permite al tribunal recorrer una gran extensión de pena o imponer una distinta – p.ej. "2° cuando la pena de la ley sea la del máximun de los trabajos públicos, se impondrá de tres a diez años de dicha pena, y aún la de reclusión, si hubiere a favor del reo más de dos circunstancias atenuantes". En igual sentido el art. 483 CP que dispone la aplicación del art. 463 CP para las contravenciones.

Si bien la mayoría de los códigos penales no imponen a los jueces la expresa obligación de motivar los criterios de individualización de la pena, recientemente otros han recogido en su articulado este deber de justificación⁵⁹. Entre ellos el Código Penal español, que introduce un precepto, el artículo 72, según el cual “Los jueces o tribunales, en la aplicación de la pena, con arreglo a las normas contenidas en este capítulo, razonarán en la sentencia el grado y extensión concreta de la pena impuesta”.

El Informe que el Consejo General del Poder Judicial español realizó al Anteproyecto recoge acertadamente la justificación del artículo: “La exigencia de motivación en la individualización judicial de la pena constituye una exigencia constitucional derivada del artículo 120.3 y de la prohibición de arbitrariedad de los poderes públicos (artículo 9.3 CE). Por ello se ha considerado que la mayor o menor amplitud del marco legal de pena que se ofrece al juez penal debe ser concretado con arreglo a criterios razonados, esto es, el arbitrio de los Tribunales debe estar jurídicamente vinculado. De otro lado, la jurisprudencia ha ampliado la posibilidad de control casacional de la motivación de la individualización en las resoluciones judiciales, toda vez que, como puede leerse en diversas resoluciones de nuestra jurisprudencia penal, un aspecto esencial de la fundamentación de las sentencias es justificar la individualización judicial de la pena, extremo de la mayor importancia, pues equivale a explicitar el porqué en la sentencia se fija una determinada cantidad de pena y no otra diferente, siendo ello especialmente exigible cuando se fija la pena en cuantía superior a los mínimos legales (SSTS 8 y 19 de mayo de 2000, entre otras muchas). En consecuencia, el Anteproyecto merece un juicio positivo al introducir un precepto general que impone a los jueces y tribunales el debido razonamiento en la sentencia en cuanto al proceso de concreción del marco penal y de determinación final de la pena impuesta”.

Como recoge el informe citado, la jurisprudencia del TSE ha ido exigiendo con mayor fuerza la necesidad de motivar la individualización de la pena, entendiendo que se trata de una facultad que, dentro del marco legalmente determinado, no es totalmente discrecional sino que está jurídicamente vinculada por los criterios de gravedad del hecho y personalidad del delincuente⁶⁰.

Por su parte, el CPP exige que la sentencia condenatoria fije con precisión las penas que correspondan (art. 338). Para determinar esa pena el tribunal, a petición de la defensa cuando la pena imponible pueda superar los diez años de prisión, puede dividir el juicio en dos partes: una destinada a tratar todo lo relativo a la existencia del hecho y la culpabilidad del imputado y otra, lo relativo a la individualización de la sanción aplicable. Cuando la pena sea distinta y previa petición de parte, el tribunal también podrá dividir informalmente la producción de la prueba en el juicio y el debate, permitiendo una discusión diferenciada sobre ambas cuestiones, pero dictando una decisión única, conforme lo previsto para la sentencia (art. 348).

El art. 339 CPP establece las reglas o criterios que debe seguir el juzgador para determinar la pena:

- I. El grado de participación del imputado en la realización de la infracción, sus móviles y su conducta posterior al hecho;

59 Entre ellos el Código Penal portugués de 1994, reformado en 1995, establece en su artículo 71.3, que en la sentencia deben constar expresamente referidos los fundamentos de la medida de la pena.

60 Reviste gran interés la sentencia del TS español de 25 de junio de 1999 que sustituye la pena impuesta por el tribunal de instancia, dejándola en el mínimo del marco legal, porque en la sentencia recurrida no aparecían datos fácticos que denotaran una especial gravedad o circunstancias personales específicas.

2. Las características personales del imputado, su educación, su situación económica y familiar; sus oportunidades laborales y de superación personal;
3. Las pautas culturales del grupo al que pertenece el imputado;
4. El contexto social y cultural donde se cometió la infracción;
5. El efecto futuro de la condena en relación al imputado y a sus familiares, y sus posibilidades reales de reinserción social;
6. El estado de las cárceles y las condiciones reales de cumplimiento de la pena;
7. La gravedad del daño causado en la víctima, su familia o la sociedad en general.

El CPP exige mayoría para la adopción del fallo sobre la pena, en caso contrario, la cuantía de la pena se aplica en su término medio (art. 353). Evidentemente, esta circunstancia deberá recogerse en la sentencia.

Desde luego, el procedimiento previsto en el CPP merece una valoración muy positiva, al tratar con sustantividad propia uno de los aspectos más importantes del enjuiciamiento criminal como es la fijación de la pena a imponer, que es objeto de específica prueba y deliberación. Además, el sistema se completa con la justificación de los criterios que se han tenido en cuenta para fijar la pena, en cuanto el tribunal, después del juicio sobre la pena y de la deliberación, deberá, al darse lectura al fallo, “explicar los elementos considerados para alcanzar la solución contenida en el mismo, en términos comprensibles para el común de las personas”, completándose después la sentencia (art. 353 CPP).

La necesidad de justificar ante las partes y los ciudadanos en general los criterios utilizados para imponer una pena concreta, en un lenguaje comprensible para personas legas en derecho, es digna de encomio y contribuye, sin duda, a la legitimación de los jueces haciendo comprensibles sus resoluciones, particularmente en la imposición de la pena, que es uno de los aspectos que más trascendencia social tiene en el enjuiciamiento penal, en cuanto la pena es la consecuencia final de todo el proceso.

Los criterios previstos en el art. 339 CPP exigirán al tribunal, en la resolución de los casos particulares, su interpretación para delimitar el contenido de expresiones tan genéricas e indeterminadas. En su tarea interpretadora, el tribunal contará con la ayuda de los fines de la pena que figuren como predominantes en la cultura jurídica del momento. En este sentido, expresiones como “características personales del imputado”, “grado de participación del imputado en la realización de la infracción”, “contexto social y cultural donde se cometió la infracción” o “gravedad del daño causado en la víctima, su familia o la sociedad en general”, entre otras, están íntimamente relacionadas con los fines tradicionales de la pena: retribución, prevención general y prevención especial.

La resolución judicial no solo debe delimitar y definir los criterios utilizados para individualizar la pena, también resulta indispensable que explique cómo han sido manejados, es decir, qué valor se han atribuidos a unos y otros, qué aspectos de estos criterios han primado, cuáles se han excluido, en su caso, etcétera. Esta identificación de los aspectos precisos que ha manejado el tribunal para individualizar la pena deben tener un sustento empírico. Uno de los instrumentos que a tal efecto proporciona el CPP es la obligatoriedad de que el tribunal, tenga ante sí, antes del fallo sobre la pena, el informe que resulta de una investigación minuciosa de los antecedentes de familia e historia social del imputado y del efecto económico, emocional y físico que ha provocado en la víctima y su familia la comisión de la infracción (art. 351 CPP).

Una vez delimitado el contenido de los criterios individualizadores de la pena utilizados, y explicitado el valor que se ha atribuido a cada uno de ellos, el tribunal deberá fijar la pena tomando como razonamiento justificatorio los principios de proporcionalidad e igualdad, que también deberán ser motivados en la resolución.

El principio de proporcionalidad proscribire todo sacrificio de la libertad inútil, innecesario o desproporcionado, exigiendo que la pena sea idónea (apta para la consecución del fin previsto) y necesaria (la más moderada respecto de otras también útiles y susceptibles de lograr el fin). La concurrencia de estas circunstancias debe estar justificada por datos concretos y contrastados y recogerse en la resolución. Por esto mismo, existe una obligación reforzada de motivación cuando se impone la pena en su máximo –especialmente si no hay causa aparente–, o cuando se hace uso de la facultad atribuida por la ley para aplicar una pena de grado superior a la inicialmente predeterminada.

El principio de igualdad requiere que la pena no se administre desigualmente a unos y a otros. En el ámbito de la motivación tiene especial importancia cuando son varios los imputados, supuestos en los que se deberán explicar qué circunstancias concretas justifican un trato punitivo diferente a los distintos imputados por un mismo delito o, por el contrario, los motivos por los que, concurriendo unos mismos hechos se impone a varios coautores una pena idéntica, siendo así que en uno de ellos concurre una circunstancia modificativa de la responsabilidad que no resulta aplicable a los demás, existiendo margen legal para valorar el efecto atenuatorio o agravatorio de la circunstancia⁶¹. También deberá justificarse una individualización de la pena que se aparte de los criterios seguidos en otros casos similares por el tribunal.

El CPP, en su art. 336, también recoge otro supuesto en el que surge un deber especialmente reforzado de motivación. Se trata de la posibilidad que tiene el tribunal de aplicar penas distintas de las solicitadas, aunque nunca superiores. Parece evidente que en estos supuestos el tribunal deberá explicar las razones por las que se aparta de las penas solicitadas y opta por otras distintas, sin que pueda escudarse en la imposición de penas inferiores o en principios como el *in dubio pro reo*.

El art. 342 CPP, permite al tribunal acordar un régimen especial de cumplimiento de la pena cuando concurren circunstancias especiales en el condenado –edad avanzada, enfermedad terminal o demencia, embarazo o lactancia, adicción a las drogas o el alcohol. La apreciación de estas circunstancias por el tribunal también deberá ser objeto de expresa fundamentación en la resolución.

⁶¹ Caso, este último, objeto de la sentencia TSE de 3 de octubre de 1997.

Por último, también llevan aparejado un especial deber de motivación el otorgamiento de perdón judicial por concurrir circunstancias extraordinarias de atenuación (art. 340 CPP) y la suspensión condicional de la pena (art. 341 CPP), supuestos que exigirán una justificación expresa de la concurrencia de las circunstancias o elementos exigidos por la norma.

XII.9. Exigencia de una motivación reforzada

Como ya se ha señalado en un epígrafe anterior, la obligación de motivar las resoluciones tiene un alcance general que no admite excepciones. Sin embargo, la intensidad con la que se debe cumplir este deber no es la misma en todas las resoluciones, ya que, en determinados supuestos es exigible una específica y reforzada obligación de motivar.

En las páginas anteriores se ha hecho ya referencia a diferentes supuestos en los que pesa sobre el juez un deber especialmente reforzado de motivación, sin embargo, con carácter general y siguiendo la doctrina sentada por el TCE, pueden agruparse en cuatro grandes grupos los supuestos que exigen una motivación reforzada. Veámoslos a continuación.

XII.9.1. A mayor discrecionalidad judicial mayor deber de motivación

El margen de discrecionalidad que las normas dejan en mano del juez no siempre es el mismo. En determinados supuestos –entre los que destaca la individualización de la pena, tema ya tratado con mayor profundidad– el poder del que dispone el juzgador para moverse en un amplio margen de decisión es mayor que en otros. Sin embargo, esta capacidad de decisión discrecional del juez en modo alguno se puede convertir en una decisión arbitraria. En este sentido, no debe confundirse la discrecionalidad (que consiste en “el uso motivado de las facultades de arbitrio”) con la arbitrariedad (consistente en “la no motivación del uso de las facultades discrecionales”), ya que mientras la discrecionalidad es lícita y no revisable en casación, la arbitrariedad se encuentra vetada por la ley⁶².

Si la motivación, en cuanto justificación racional de la decisión judicial, es uno de los mejores antídotos contra la arbitrariedad, la conclusión es clara: a mayor discrecionalidad judicial mayor deber de motivación. El fundamento de extender el deber reforzado de motivación a las decisiones judiciales adoptadas en virtud de una facultad discrecional reconocida al Juez Penal se encuentra, como recoge el Auto del TC núm. 353/2003, de 6 de noviembre⁶³, “en que el margen de discrecionalidad del que legalmente goza el Juez no constituye por sí mismo justificación suficiente de la decisión finalmente adoptada, sino que, por el contrario, el ejercicio de dicha facultad viene condicionado estrechamente por la exigencia de que la resolución esté motivada, pues sólo así puede procederse a su control posterior en evitación de toda arbitrariedad”⁶⁴.

62 J.M. ZUGALDIA ESPINAR. El derecho a obtener una sentencia motivada y a la individualización de la pena”. Revista del Poder Judicial, núm. 18, p. 133, con referencia a la Sentencia del Tribunal Supremo español, de 25 de febrero de 1989, que expresamente realiza una llamada a los tribunales de instancia “...en orden a que la discrecionalidad nunca se puede confundir con la arbitrariedad y que a una identificación con ésta puede conducir la no expresión de la necesaria motivación constitucionalmente impuesta -artículo 120.3 de la Constitución Española- de las resoluciones judiciales...”

63 Con cita de la STC 108/2001, de 23 de abril.

64 Este auto del TC, al referirse expresamente a la discrecionalidad que corresponde al juez penal en la individualización de la

XII.9.2. Cuando se trata de desvirtuar la presunción de inocencia

La presunción de inocencia viene expresamente instituida en distintas normas internacionales⁶⁵ y en el artículo 14 del CPP, donde se regula como uno de los principios fundamentales del ordenamiento penal dominicano, estableciendo que “toda persona se presume inocente y debe ser tratada como tal hasta que una sentencia irrevocable declara su responsabilidad. Corresponde a la acusación destruir dicha presunción”.

La jurisprudencia constitucional española considera que el control judicial en materia de presunción de inocencia consiste, esencialmente, en comprobar que haya existido actividad probatoria de cargo practicada con todas las garantías, a través de la cual sea posible considerar razonablemente acreditado el hecho punible y la participación del acusado en el mismo⁶⁶.

Como acertadamente pone de manifiesto IGARTUA SALAVERRIA⁶⁷, la “mínima actividad probatoria de cargo” implica tres pasos sucesivos: en primer lugar, que haya pruebas inculpatorias, en caso contrario no existe material probatorio que desvirtuar; en segundo lugar, que las pruebas existentes sean incriminatorias (de “cargo”); por último, que las pruebas existentes sean suficientes para destruir la presunción de inocencia. En las tres fases -y especialmente en la tercera-se realiza una valoración por parte del juez que requiere una expresa justificación. La motivación de la sentencia condenatoria cobra en este supuesto un valor superior, que excede el estándar normal que se exige en otros supuestos⁶⁸, en cuanto debe explicar convincentemente porque el relato fáctico es consistente y coherente con los elementos probatorios existentes. Si la resolución es recurrida los tribunales superiores, incluido el TC, deberán verificar que el órgano judicial ha motivado su convicción y, además, efectuar el control externo del razonamiento lógico seguido para llegar a la conclusión, es decir, el examen del carácter razonable y suficientemente sólido del nexo lógico establecido por el tribunal con independencia de la razonabilidad de otras posibles inferencias⁶⁹.

XII.9.3. Cuando el derecho a la tutela judicial efectiva se encuentra conectado con otro derecho fundamental

En este supuesto la obligación de motivar adquiere un valor esencial, en cuanto adquiere una dimensión político-jurídica garantista, que entronca con la legitimidad del moderno Estado de Derecho surgido del constitucionalismo, basada en la protección de los individuos y sus derechos⁷⁰. Este Estado actual, al consagrar los derechos fundamentales en la Constitución condiciona los actos de poder, incluidos los judiciales, a la protección de esos derechos. Por ello, la afectación de

pena, estima exigible constitucionalmente, como garantía contenida en el derecho a la tutela judicial efectiva, que exteriorice las razones que conducen a la adopción de la decisión, muy especialmente cuando la pena impuesta sea mayor a la solicitada por las acusaciones, como reflejo del principio acusatorio implícito en el art. 24 CE.

65 Artículo 8.2 CADH: “Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad”. Artículo 14.2 PIDCP: “Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se prueba su culpabilidad conforme a la ley”.

66 Entre las más recientes sentencias del TC se pueden citar: SSTC 209/2001, de 22 de octubre; 155/2002, de 22 de julio; 17/2004, del 23 de febrero.

67 J. IGARTUA SALAVERRIA. Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal. Tirant lo Blanch, 1995, p. 142.

68 El TC exige un especial y reforzado deber de motivar las resoluciones cuando se trata de desvirtuar la presunción de inocencia, en particular a la luz de prueba indicarias (por todas STC 116/1998, de 2 de junio).

69 STC 42/1999, de 22 de marzo.

70 M. GASTÓN ABELLÁN. Los hechos en el derecho. Marcial Pons, 2004, p. 192.

derechos fundamentales esenciales por una resolución judicial requiere de una estricta justificación que evite cualquier atisbo de arbitrariedad.

Dos son los derechos fundamentales en los que la obligación reforzada de motivación alcanza su plenitud:

a. Derecho a la libertad personal

Este deber reforzado de motivación se impone cuando el derecho a la tutela judicial efectiva se conecta con el derecho a la libertad personal, siendo el supuesto más relevante la adopción de la prisión preventiva.

El art. 8.2 CRD, en sus apartados c) y b), establece el principio de legalidad y la existencia de resolución judicial motivada y escrita para la adopción de medidas privativas de libertad. También la resolución (65) I I, de 9 de abril del Comité de Ministros del Consejo de Europa, establece la necesidad de la decisión de prisión preventiva indique, lo más precisamente posible, el objeto de la medida y los motivos que la justifican.

La trascendencia de los valores en juego exige, en este ámbito, la exteriorización del razonamiento por el que se estima que concurre el supuesto previsto en la Ley, y debe plasmarse a través de una motivación razonada en la que sea posible apreciar un nexo de coherencia entre la decisión adoptada, la norma que le sirve de fundamento y los fines que justifican la institución. Este último aspecto reviste una importancia capital, remarcada por la doctrina del TCE, que de manera pacífica y reiterada exige que la adopción de la prisión preventiva y, por ende, la adopción de las demás medidas cautelares privativas de libertad, tengan como objetivo la consecución de fines constitucionalmente legítimos y congruentes con su naturaleza⁷¹.

En el ordenamiento penal dominicano, la adopción de medidas de coerción y, entre ellas, la prisión preventiva, requiere como fin constitucionalmente legítimo la existencia razonable de peligro de fuga. Así lo establecen los arts. 227 CPP – para las medidas de coerción en general- y 234 CPP –para la prisión preventiva, por remisión al precepto primeramente citado. Por tanto, la resolución judicial que acuerde la prisión preventiva u otra medida de coerción deberá hacer expresa referencia a las circunstancias del caso concreto que ponen de manifiesto el peligro de fuga, sin que sea suficiente con expresiones genéricas e indeterminadas. Estas circunstancias de las que se desprende un posible riesgo de fuga vienen explicitadas en el art. 229 CPP, sin que la relación constituya un *numerus clausus*, sino la exposición de las más relevantes⁷².

En el caso de la prisión preventiva también se deberá motivar la necesidad de la medida, esto es, que el peligro de fuga no puede evitarse con la imposición de otra u otras medidas de coerción que resulten menos gravosas para el afectado (art. 234 CPP). Y con carácter general para todas las medidas de coerción deberán explicitarse los elementos de prueba suficientes para sostener, razonablemente, que el imputado es, con probabilidad, autor o cómplice de una infracción reprimida con pena privativa de libertad (art. 227 CPP).

71 Sentencias TCE 22/2004, de 23 de febrero, y 128/1995, de 26 de julio, entre otras muchas.

72 Las circunstancias previstas en el art. 229 CPP son el arraigo en el país, la gravedad de la pena a imponer, la importancia del daño causado y la voluntad de resarcimiento del autor; y el comportamiento del imputado, revelador de su voluntad de someterse o no a la persecución penal.

El TCE tiene dicho⁷³ que “más allá del expreso principio de legalidad (artículo 17.1 y 17.4 CE) (artículo 8.2 CRD; artículo 7.1 y 2 CADH y artículo 9 PIDCP)⁷⁴, debe consignarse que la legitimidad constitucional de la prisión provisional exige que su configuración y su aplicación tengan, como presupuesto, la existencia de indicios racionales de la comisión de una acción delictiva; como objetivo, la consecución de fines constitucionalmente legítimos y congruentes con la naturaleza de la medida; y, como objeto, que se la conciba, tanto en su adopción como en su mantenimiento como una medida de aplicación excepcional, subsidiaria, provisional y proporcionada a la consecución de los fines antedichos”.

En igual sentido, los artículos 15, 16 –referido específicamente a la prisión preventiva- y 222 CPP, después de establecer el derecho de toda persona a la libertad y seguridad personal, configura las medidas de coerción como excepcionales, exigiendo resolución judicial motivada y escrita, por el tiempo absolutamente indispensable y a los fines de asegurar la presencia del imputado en el procedimiento.

Por último, reiterar que para la adopción de las medidas privativas o limitadoras de la libertad, la exigencia de motivación cobra un especial significado, al acentuarse la íntima relación existente entre la motivación judicial –entendida como justificación del razonamiento realizado por el juez en los fundamentos de derecho- y las circunstancias fácticas que legitiman la adopción de la medida privativa de libertad. Éstas solamente van a poder ser conocidas y supervisadas a través de la motivación. De este modo, amén de al genérico derecho a la obtención de tutela judicial efectiva, en estos supuestos, la falta de motivación de la resolución que acuerda la prisión provisional u otra medida de coerción, “afecta primordialmente, por la vía de uno de sus requisitos formales esenciales, a la propia existencia del supuesto habilitante para la privación de la libertad y, por lo tanto, al propio derecho a la misma”⁷⁵.

b. Derecho al secreto de las comunicaciones

Junto al derecho a la libertad personal, el otro derecho fundamental que exige un mayor rigor en la motivación es el del secreto de las comunicaciones. En este sentido, el artículo 8.9 CRD garantiza la inviolabilidad de la correspondencia y demás documentos privados, los cuales no podrán ser ocupados ni registrados, sino mediante procedimientos legales en la sustanciación de asuntos que se ventilen en la justicia, estableciendo igualmente la inviolabilidad de la comunicación telegráfica, telefónica y cablegráfica.

La necesidad de motivación constituye un presupuesto habilitante de toda restricción del derecho al secreto de las comunicaciones, ya que su ausencia o insuficiencia afecta al propio derecho fundamental en la medida en que sin ella el afectado que ve limitado el ejercicio de su derecho desconoce la razón de esa restricción y los órganos jurisdiccionales encargados de efectuar el control relativo a la necesidad, idoneidad y proporcionalidad de la medida carecen de los datos indispensables para llevar a cabo esta tarea que es el objeto primordial del control jurisdiccional⁷⁶.

73 STC 128/1995, de 26 de julio.

74 El artículo 8.2, en sus apartados c) y b) CRD, también establece el principio de legalidad y la existencia de resolución judicial motivada y escrita para la adopción de medidas privativas de libertad. En sentido similar, el artículo 7, apartados 1 y 2 CADH y el artículo 9 PIDCP establecen el principio de legalidad en esta materia

75 STC 128/1995, de 26 de julio.

76 SSTCE 170/1996 y 128/1997 y 175/1997, entre otras.

Consecuente con la norma constitucional, el CPP, en su art. 191 dispone que el secuestro de la correspondencia epistolar o telegráfica, remitida por el imputado o destinada a él, aunque sea bajo nombre supuesto, requiere de resolución judicial fundada. El art. 192 exige que la resolución judicial que autoriza la interceptación o captación de comunicaciones, mensajes, datos, imágenes o sonidos transmitidos a través de redes públicas o privadas de telecomunicaciones por el imputado o cualquier otra persona que pueda facilitar razonablemente información relevante para la determinación de un hecho punible, debe indicar todos los elementos de identificación de los medios a interceptar y el hecho que motiva la medida, que tiene carácter excepcional, debiéndose renovar cada treinta días, con expresión de los motivos que justifican la extensión del plazo.

En estos supuestos de afectación de derechos fundamentales, la resolución judicial, además de las circunstancias fácticas y fundamentos jurídicos que sirven de soporte a la medida adoptada, deberá contener todos los datos necesarios para que, con posterioridad, pueda llevarse a cabo el juicio de idoneidad, necesidad y proporcionalidad. En primer lugar, deberá recoger cuál de las finalidades legalmente previstas es la perseguida con la medida adoptada y, en segundo lugar, deberá detallar las circunstancias concretas del caso que permiten concluir que la intervención resulta adecuada en orden a alcanzar la finalidad perseguida.

XII.9.4. Supuestos en los que el juez se aparta del precedente

En el apartado dedicado a la motivación como medio de autocontrol por el juez de sus resoluciones, al que me remito, ya se ha hecho referencia a que el respeto al principio de igualdad de todos los ciudadanos exige que el juez no modifique arbitrariamente sus resoluciones en casos sustancialmente iguales, salvo que razone debidamente el cambio.

El principio de igualdad en el razonamiento jurídico supone, como regla general, que casos iguales reciban un tratamiento similar. Como señala MORAL SORIANO⁷⁷ la anteriormente no deben justificarlo de . Ahora bien, lo anterior no significa que los criterios interpretativos contenidos en los precedentes puedan permanecer invariables, sino que no pueden rechazarse sin motivo suficiente. En otras palabras, el cambio de criterio interpretativo, al contrario que el seguimiento, sí exigirá una justificación racional. La exigencia de justificar el cambio de criterio ha sido denominada por ALEXY⁷⁸ la regla de la carga de argumentación: "Quien quiera apartarse de un precedente, asume la carga de la argumentación".

Por tanto, en los supuestos en los que el juez se aparta del precedente, bien lo sea para separarse de una línea doctrinal previa y consolidada, bien lo sea con quiebra de un antecedente inmediato en el tiempo y exactamente igual desde la perspectiva jurídica con la que se enjuició, surge un deber reforzado de motivación a fin de excluir la arbitrariedad judicial.

La doctrina constitucional española⁷⁹ ha ido perfilando una serie de criterios para entender que el trato desigual vulnera el principio de igualdad, tales como: a) el trato desigual debe provenir de un

77 L. M. MORAL SORIANO. Los precedentes del Tribunal Supremo: el acercamiento de la jurisprudencia a la teoría de los precedentes. Revista del Poder Judicial n° 57. CGPJ, Primer Trimestre de 2000.

78 ALEXY, R., Teoría de la argumentación jurídica, traducción al castellano de M. Atienza e I. Espejo, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989. Citado por MORAL SORIANO en la obra reseñada.

79 SSTC 266/1994, de 3 de octubre, 188/1998, de 28 de septiembre, 240/1998, de 15 de diciembre, y 176/2000, de 26 de junio y 2003/66, de 7 de abril, entre otras.

mismo órgano judicial; b) sólo cabe apreciar trato desigual en la decisión de casos sustancialmente iguales, y c) el tratamiento desigual ha de concretarse en la quiebra injustificada del criterio aplicativo mantenido hasta entonces por el órgano jurisdiccional, respondiendo así a una «ratio decidendi» sólo válida para el caso concreto decidido, sin vocación de permanencia o generalidad. Resulta evidente que el juez que se aparta del precedente deberá motivar convenientemente en su resolución que el supuesto no se encuentra incurso en los apartados b) y c), esto es, que no se trata de casos sustancialmente iguales y que el cambio no obedece a una evolución o modificación del criterio, perfectamente justificada y con vocación de permanencia.

CASO: Sobre el deber de motivación reforzada en diversos supuestos.

Objetivo formativo: Identificar aquellos supuestos en los que se exige un deber reforzado de motivación y conocer su contenido.

Construcción del caso:

1) Deberán seleccionarse supuestos en los que se exige y cumple el deber reforzado de motivación –especialmente en la adopción de medidas de coerción- y valorar su contenido e intensidad en relación con las resoluciones en las que no concurre esa obligación reforzada.

2) Deberán seleccionarse resoluciones que incumplan el deber reforzado de motivación para su valoración por los participantes en el curso, identificando los defectos.

XII.10. Las patologías de la motivación

El art. 24 CPP impone a los jueces el deber de motivar en hecho y derecho sus decisiones, “mediante una clara y precisa indicación de su fundamentación”. Señala dos notas fundamentales de la motivación: la claridad y la precisión que, a sensu contrario evidencian dos defectos que deben evitarse: la oscuridad y la confusión en la fundamentación.

Sin embargo, los defectos o carencias en la motivación de las resoluciones judiciales son, desgraciadamente, muy variados y, lo que es peor, en muchas ocasiones plenamente asumidos, sin verdadera conciencia de que nos encontramos ante una patología.

Sin duda, el primero y más relevante es la ausencia de motivación. Parece un defecto tan clamoroso que conduce a pensar que difícilmente se encontrará en la práctica. Desgraciadamente la experiencia pone de manifiesto que no es rara avis, si bien, en la mayoría de los casos aparece disfrazado bajo técnicas como la motivación tácita o la motivación por remisión que, si bien vienen siendo admitidas por la doctrina jurisprudencial, su abuso puede ser calificado como una verdadera patología. Más frecuentes que la ausencia de motivación son otros defectos como la motivación insuficiente y la motivación contradictoria.

El mencionado art. 24 CPP proscribire algunas de las técnicas de falsa motivación, al establecer que: “La simple relación de los documentos del procedimiento o la mención de los requerimientos de las partes o de fórmulas genéricas no reemplaza en ningún caso a la motivación”.

En muchas ocasiones se aduce como justificación para no motivar las resoluciones o motivarlas defectuosamente la gran carga de trabajo que soportan los órganos judiciales, que impide tomarse el tiempo necesario para explicar adecuadamente y justificar las decisiones tomadas. Se dice que, puestos a elegir entre resolver con premura el mayor número de casos o, por el contrario, mejorar la calidad de las resoluciones con una motivación adecuada, es más beneficioso para los ciudadanos lo primero, especialmente en la primera instancia, que no deja de ser el paso previo a la resolución por un tribunal superior. El argumento es tramposo, ya que la motivación de una resolución no afecta solo a la calidad de la resolución. Es mucho más, una parte sustancial de su contenido, y del derecho a la tutela judicial efectiva.

Para poder conseguir la mayor eficacia en la resolución de los asuntos manteniendo los estándares necesarios de motivación resulta conveniente tener en cuenta dos reglas básicas. La primera, no utilizar como vara para medir la suficiencia de la motivación la extensión de los razonamientos. La argumentación superflua, reiterativa, farragosa o alambicada solo perjudica a la resolución, haciendo que el destinatario de la misma no la entienda o se distraiga y, lo que es peor, no solo le hace perder el tiempo a él, también al juez. La segunda regla requiere que el juez establezca diferentes exigencias de motivación en función de la naturaleza de la resolución y la repercusión que tiene en los derechos de los afectados. De esta manera, determinadas resoluciones requieren una motivación reforzada, mientras que en otras basta con una motivación más liviana.

Veamos los defectos más graves.

XII.10.1. Omisión de la motivación

La motivación de una resolución judicial es la justificación de la decisión adoptada, por tanto, viene constituida por enunciados. Esto lleva a poder hablar de dos aspectos de la motivación. El primero será la existencia en el apartado correspondiente de la resolución judicial de enunciados presuntamente justificatorios, y lo podemos denominar motivación formal. El segundo vendrá constituido por el significado verdaderamente justificatorio o explicativo de los enunciados recogidos en la resolución, es decir, que cumplan su función motivadora, es la motivación sustancial.

La omisión de la motivación puede alcanzar tanto a su aspecto formal como al material.

La ausencia de una motivación formal no es frecuente de encontrar en la práctica, ya que la falta de cualquier enunciado presuntamente justificador es un defecto tan llamativo que difícilmente se incurrirá en él. Podríamos decir que “el hueco que queda en la resolución hiere a la vista”.

Existe, no obstante, un supuesto en el que suele ser habitual la falta absoluta de motivación: es el caso de la inadmisión de los recursos, como si en estos casos el tribunal no estuviera obligado a exponer los motivos por los que inadmite el recurso.

Sin embargo, de los preceptos legales aplicables no resulta esta consecuencia. Así, el art. 413 CPP –referido al recurso de apelación, pero aplicable también al de casación por remisión del art. 427 CPP– dispone que “recibidas las actuaciones, la Corte de Apelación, dentro de los diez días

siguientes, decide sobre la admisibilidad del recurso y resuelve sobre la procedencia de la cuestión planteada en una sola decisión”. Como puede verse, en modo alguno se exceptúa la inadmisión del recurso de la regla general de motivación de las decisiones contenida en el art. 24 CPP. El derecho a la tutela judicial efectiva tiene dos manifestaciones: el acceso a la instancia y el acceso a los recursos. Pues bien, la inadmisión no motivada de un recurso no satisface las exigencias que derivan del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, vulnerando el derecho de acceso a los recursos, al ser equiparable a la inadmisión de un recurso legalmente establecido sin causa para ello⁸⁰.

CASO: Sobre la necesidad de motivar los supuestos de inadmisión de los recursos.

Objetivo formativo: Conocer la necesidad de motivar adecuadamente la inadmisión de los recursos.

Construcción del caso:

1) Deberán seleccionarse resoluciones inadmitiendo recursos en las que se incumpla el deber de motivación, completando la motivación omitida los participantes en el curso.

Por el contrario, resulta mucho más frecuente en la práctica que la resolución judicial contenga enunciados pretendidamente justificadores que, en realidad, no cumplen su función motivadora. En este caso nos podemos encontrar con tres supuestos genéricos:

a. Motivación parcial

Como se vio en un apartado anterior de este trabajo, uno de los requisitos que debe cumplir la motivación es el de su completitud, en virtud del cual es necesario que en la resolución se justifiquen todas las decisiones “relevantes” para la resolución final del caso, lo que, sin duda, incluye tanto las cuestiones de hecho como las de derecho.

Al respecto ya se citó con anterioridad la doctrina jurisprudencial del TSE⁸¹, en virtud de la cual, “no es necesario que el juez o tribunal contesten de forma detallada e individualizada a todas las alegaciones de las partes, siendo suficiente con una respuesta genérica o global, incluso aun cuando omita toda referencia a alegaciones concretas no sustanciales”; así como la del TEDH⁸² que considera que la obligación de motivar las resoluciones “no puede entenderse como la exigencia de dar una respuesta detallada a cada argumento”. Por tanto, aun cuando lo deseable sería que cada alegación de las partes tuviera su contestación diferenciada, salvo que sean superfluas, reiterativas o absurdas, al menos es necesario que se dé respuesta a las sustanciales, de igual manera que se deben justificar todas las decisiones relevantes. Sin embargo, en muchas ocasiones no se justifican todas las decisiones sectoriales que resultan relevantes para la resolución final.

80 Sentencia TCE 157/2003, de 15 de septiembre

81 Sentencia TC español 116/1998, de 2 de junio.

82 STEDH 434/1993, de 9 de diciembre de 1994, caso Ruiz Torija contra España.

De la misma manera, otro defecto muy habitual consiste en argumentar prolijamente la “quaestio iuris” y dejar huérfana de argumentación la “quaestio facti”. Esta deficiencia está muy extendida, particularmente cuando se trata de jueces que se encuentran en los primeros años de ejercicio profesional, en los que la falta de experiencia lleva a considerar la argumentación jurídica como el aspecto esencial de la resolución para el que el juez ha recibido toda su formación. Por el contrario, la experiencia profesional conduce a reconocer el debate sobre los hechos como el aspecto fundamental de la controversia y, desde luego, como la cuestión sobre la que se centra la discusión en la gran mayoría de los casos a resolver.

Otro aspecto de la resolución penal muy descuidado en la práctica, al que ya se ha hecho referencia, es el de la individualización de la pena, con la importancia que ello tiene para evitar toda arbitrariedad. No obstante, debe reiterarse el aplauso que merece el procedimiento para la individualización de la pena previsto en el CPP.

b. Motivación implícita o tácita

Se entiende por motivación implícita o tácita aquella en la que, aún cuando no se enuncien los argumentos o motivos que justifican una decisión, éstos se infieren de otros adoptados por el juez.

El TCE⁸³ ha establecido en doctrina consolidada que “para poder apreciar la existencia de una respuesta tácita y una mera omisión sin trascendencia constitucional es necesario que del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución pueda deducirse razonablemente no sólo que el órgano judicial ha valorado la pretensión deducida sino, además, los motivos fundadores de la respuesta tácita”. Por tanto, aún cuando no se recojan expresamente los argumentos alegados por las partes, ha de quedar claro que el juez, al adoptar su decisión, los ha tenido en cuenta y los ha desechado en función de los argumentos que ha admitido y motivado.

En ocasiones, la admisión de unos argumentos conduce, de modo lógico, al rechazo de otros por ser totalmente contradictorios. A modo de ejemplo, así ocurre cuando se da valor probatorio, justificado en la resolución, a la declaración testifical “A” –que afirma que vio al presunto autor del disparo en el lugar del crimen- y se niega valor, no motivado en la resolución, a la declaración del testigo “B” –que afirma que vio al imputado en otro lugar distinto y situado a una gran distancia-, deduciéndose que las mismas razones por las que se valora positivamente al testigo “A” son las que, en definitiva, niegan valor a la declaración del testigo “B”. Evidentemente como una persona no puede estar simultáneamente en dos lugares, la admisión de la declaración del testigo “A” excluye a la del testigo “B” y cabe suponer que el juez ha tenido presente la contradicción entre las dos declaraciones, de tal manera que si acepta una está rechazando la otra a “contrario”. No obstante, el que se justifiquen los motivos por los que se atribuye credibilidad a una determinada prueba o argumento en detrimento de los contrarios no significa que, en todo caso, resulte superfluo o innecesario motivar las razones por las que se rechazan los otros, en cuanto la explicación de los motivos del rechazo reforzará la argumentación de la resolución.

Sin embargo, existen supuestos en los que se hace un uso indebido de la motivación tácita que conduce a supuestos claros de falta de omisión justificadora. Esto sucede cuando el argumento expuesto y aceptado no faculta para derivar a “contrario” la exclusión de la opción alternativa.

83 STCE 1/2001, de 15 de enero, citada en la sentencia del mismo órgano 141/2002, de 17 de junio.

Veamos un ejemplo. El testigo “A” declara que vio cómo el imputado salía, manchado de sangre de la víctima, de la habitación donde se encontró el cadáver apuñalado, sin apreciar la presencia de ninguna otra persona. La defensa del imputado alega, aportando prueba, que su defendido es zurdo, mientras que la prueba forense practicada concluye que, por la situación y trayectoria de las heridas de arma blanca, ésta se manejó con gran habilidad por el autor del crimen con la mano derecha. La admisión de la declaración del testigo como válida y esencial para la imputación, motivada en la resolución judicial y basada en la credibilidad que le merece al juez, no elimina la necesidad de motivar la contradicción entre la prueba aportada por la defensa y la prueba forense.

Con todo, el supuesto más rechazable de motivación implícita, que debe ser proscrito en todo caso, es el que conduce a la generalización de entender que, admitidos los argumentos o pruebas de la acusación se entienden tácitamente rechazados los de la defensa, o viceversa.

c. Motivación per relationem

Con carácter general podemos definir la motivación per relationem como aquella en la que los argumentos expuestos en la resolución no han sido elaborados ad hoc, sino que el juez o tribunal se remite a los argumentos recogidos en otra u otras resoluciones.

Con todo, la motivación por remisión puede tener diversas modalidades y grados. Desde el ya indicado de una sentencia que remite a los argumentos de otra hasta la remisión sucesiva, esto es, una sentencia remite a otra y ésta, a su vez, remite a los argumentos recogidos en una tercera y así sucesivamente. Más graves son los supuestos en los que la remisión a otra resolución no tiene por objeto la verdadera “ratio decidendi”, sino un “obiter dicta” o una mera argumentación accesoria que no pertenece propiamente al ámbito de cuestiones controvertidas y decididas.

Existe otro supuesto de motivación per relationem que plantea problemas específicos y que ha sido admitido por la doctrina jurisprudencial del TEDH y el TCE. Se trata de aquellos casos en los que la resolución dictada por el tribunal que resuelve en recurso se remite a los argumentos recogidos en la resolución impugnada, haciéndolos propios.

El TEDH, en su sentencia 1/1999, de 21 de enero, caso García Ruiz contra España, sienta la doctrina general de que, si bien “el artículo 6.1 (del Tratado) obliga a los tribunales a motivar sus sentencias, esta obligación no puede entenderse como la exigencia de una respuesta detallada a cada argumento”⁸⁴, para a continuación establecer que la jurisdicción de apelación, al rechazar un recurso “puede, en principio, limitarse a hacer suyos los motivos de la decisión tomada”⁸⁵.

Por su parte, el TCE⁸⁶ no deja duda alguna acerca de la admisión de este tipo de motivación por remisión como constitucionalmente adecuada, en cuanto “permite conocer las razones en las que se ha basado la decisión judicial”, pues, “una fundamentación por remisión no deja de serlo ni de satisfacer la exigencia contenida en el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva”.

84 Con mención de la sentencia TEDH Van de Hurk contra Países Bajos de 19 abril 1994.

85 Mutatis mutandis, sentencia TEDH Helle contra Finlandia de 19 de diciembre de 1997.

86 Sentencia TCE 171/2002, de 30 de septiembre; y en el mismo sentido las sentencias del mismo órgano 223/2003, de 15 de diciembre; y 146/1990, de 1 de octubre.

El abuso de este tipo de argumentación por remisión corre el riesgo de pervertir la finalidad del recurso, pues como recoge IGARTUA SALABERRÍA⁸⁷, con éste “no se trata sencillamente de una reproducción de los planteamientos de la primera instancia sino de la impugnación de una sentencia. El recurrente no pretende la modificación del statu quo anterior al litigio sino el de la sentencia impugnada que ha introducido por sí misma un statu quo. Si la sentencia superior nada dice por su parte, ha burlado el derecho del recurrente a obtener una respuesta fundada”.

Sin embargo, frente a las críticas del autor citado, es justo reconocer que, en mucho supuestos, el recurso vuelve a reproducir los argumentos ya expuestos en el juicio, que fueron expresamente contestados y desestimados en la resolución recurrida, de modo que la remisión que el tribunal resolutorio del recurso hace a la motivación de la sentencia recurrida está plenamente justificada, sin que aporte nada una repetición ad hoc de los mismos argumentos.

Ejemplos de esta motivación por remisión los encontramos en la propia jurisprudencia del TCE sobre esta cuestión.

La sentencia TCE 116/1998, de 2 de junio, dice textualmente: “En particular, hemos afirmado que es motivación suficiente la remisión hecha por el Tribunal Superior a la Sentencia de instancia que era impugnada (SSTC 174/1987, 146/1990, 27/1992, 11/1995, 115/1996, 105/1997, 231/1997 o 36/1999)”. Puede verse que la sentencia no contiene ninguna motivación específicamente dedicada al caso concreto, sino una mera remisión a otras resoluciones. Tenemos que ir acudiendo a cada una de ellas para verificar el argumento decisorio y, en muchos casos nos encontramos con otros reenvíos. Rastreando en las resoluciones mencionadas acabamos llegando a los autos del TCE 688/1986 y 998/1987 en los que se sienta la doctrina de que “una fundamentación por remisión no deja de serlo ni de satisfacer la exigencia contenida en el derecho fundamental que se invoca. Supuesto implícito de tal doctrina es, sin embargo, como resulta evidente, el de que ante el órgano judicial que dicta la Sentencia de remisión no se haya planteado cuestión sustancial alguna que no hubiera sido ya resuelta por la Sentencia remitida, con independencia de cuáles sean las razones que abonan la solución o incluso de cuál sea el grado de explicitación con el que la Sentencia remitida responde a las pretensiones de las partes”.

XII.10.2. Motivación insuficiente

Como ya se dijo en otro epígrafe de este trabajo, entre las exigencias lógicas de la motivación se encuentra la complitud –la sentencia debe justificar todas las decisiones relevantes para la resolución final del caso- y la suficiencia –la sentencia debe ofrecer todas las razones jurídicas y fácticas necesarias para ofrecer una justificación apropiada.

La suficiencia de la motivación dependerá de la complejidad de cada caso concreto y del alcance de la controversia, de manera que si las partes discuten las premisas normativas o fácticas no

⁸⁷ J. IGARTUA SALABERRÍA. La motivación de las sentencias..., p. 206.

solo deberá motivarse la corrección del razonamiento lógico que conduce de las premisas a la conclusión, sino también las propias premisas e, incluso, los argumentos que les sirven de base si también son discutidos.

Por tanto, los supuestos de motivación insuficiente pueden ser muy diversos y habrá que atender a cada caso concreto. Sin embargo, podemos citar, entre otros, los siguientes supuestos, siguiendo a IGARTUA SALAVERRÍA⁸⁸: cuando el juez no expresa las premisas de sus argumentaciones, cuando no justifica las premisas que no son aceptadas por las partes, cuando no indica los criterios de inferencia que ha manejado, cuando no explicita los criterios de valoración adoptados, cuando al elegir una alternativa en lugar de otra no explica por qué ésta es preferible a aquélla, etcétera.

Cuestión distinta de la expuesta es la suficiencia de la motivación entendida como exhaustividad de la respuesta judicial. En este sentido la corrección de la motivación no depende ni de su extensión ni de un grado de detalle que conduzca al agotamiento intelectual. Una sentencia puede estar deficientemente motivada pese a lo prolijo de los argumentos utilizados y excelentemente motivada con argumentos concisos y claros (“una clara y precisa indicación de su fundamentación” en palabras del CPP). Sin duda esto último es lo deseable, no solo para conciliar el deber de motivación con la eficacia en el trabajo judicial, que exige resolver numerosos asuntos sin descuidar las garantías de los afectados. Por el contrario, una motivación redundante, confusa, desorganizada o excesiva en su extensión conduce a la dispersión y a la pérdida de atención en el lector.

El TCE⁸⁹ ha puesto de manifiesto que “al Juzgador no le es exigible una determinada extensión de la motivación jurídica, ni un razonamiento explícito, exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas que las partes puedan tener de la cuestión sobre la que se pronuncia la decisión judicial”.

En cuanto a la utilización de formularios, práctica habitual en la actuación judicial, en parte por el mantenimiento de hábitos perniciosos y, en otra parte, por la necesidad de dar respuesta en un plazo razonable a los múltiples asuntos que los jueces tienen sobre su mesa, el TCE⁹⁰, “aunque considera desaconsejable su uso, entiende que no implica necesariamente una falta o insuficiencia de la motivación, pues peticiones idénticas pueden recibir respuestas idénticas, sin que la reiteración en la fundamentación suponga ausencia de ésta, debiendo analizarse el caso concreto para determinar la suficiencia de la respuesta ofrecida. Lo relevante es que sea posible conocer cuáles hayan sido los criterios jurídicos esenciales de la decisión, esto es, la ratio decidendi”.

XII.10.3. Motivación contradictoria

Los supuestos de motivación contradictoria pueden ser diversos, baste con señalar los más importantes. El supuesto más grave y, por tanto, menos habitual, es la contradicción entre la decisión recogida en el fallo de la sentencia y los argumentos manejados por el juez en la fundamentación fáctica y jurídica de la resolución que, incluso puede llegar a la falta de conexión entre los argumentos deducidos en la motivación y la decisión.

88 J. IGARTUA SALAVERRÍA. La motivación de las sentencias, ...p. 207.

89 Sirva por todas la sentencia TCE 223/2003, de 15 de diciembre.

90 Entre otras muchas, sentencias TCE 9/2003, de 20 de enero, con cita de las sentencias 169/1996, de 29 de octubre; 39/1997, de 27 de febrero; 67/2000, de 13 de marzo; 104/2002.

Ejemplo de motivación contradictoria es el siguiente, apreciado en una sentencia real dictada en apelación por una Audiencia Provincial española:

“En la sentencia combatida, de una parte, se declaran probados entre otros extremos que el día de autos D. José conducía el vehículo a motor referido en las actuaciones con sus facultades psicofísicas notablemente afectadas por la previa ingesta de bebidas alcohólicas, que sometido a las pruebas de detección etílica dio un resultado de 0’95 y 0’92 mgrs. de alcohol por litro de aire espirado y que los agentes apreciaron en el conductor halitosis alcohólica muy notoria a corta distancia, ojos brillantes, conjuntiva roja, habla pastosa, deambulación normal y comportamiento correcto, y de otra, se viene a concluir en la fundamentación jurídica que no se ha practicado prueba que permita deducir, sin género de dudas, la influencia de la ingestión del alcohol en la conducción y que existen dudas más que razonables sobre la concurrencia de todos los elementos del tipo, dictándose en favor de D. José Ventura Cubero un fallo por el que se le absuelve del delito contra la seguridad del tráfico por el que venía acusado; de tal modo y manera que el relato fáctico declarado probado resulta incongruente”.

Más habitual resulta la contradicción entre distintos argumentos. Así es muy frecuente que la declaración de un testigo se considere veraz en algunos aspectos y no en otros, sin que la diferencia de trato se justifique.



Como ejemplo de la contradicción entre argumentos podemos citar la siguiente resolución real de una Audiencia Provincial española, que aprecia el defecto:

“Que, por lo que respecta a la persistencia de la incriminación, debemos poner de relieve, de una parte, que en los folios 9 y 10 de las actuaciones se recoge la descripción por las denunciante de 47 actos depredatorios, perfectamente individualizados por sus fechas e importes, y de otra, que la Juzgadora de Instancia, atendiendo al contenido del informe pericial contable practicado en autos y al escrito de acusación del Ministerio Fiscal, solo ha reputado acreditados 28 de tales actos depredatorios, que también ha considerado probados dos actos depredatorios no denunciados (los acaecidos en fecha 10-7-1999 y 12-1-2000) y que el total importe que se denunciaba como sustraído (1.520.002 pesetas) es casi el triple del declarado probado (527.634 pesetas). Es por ello que las manifestaciones de las denunciante, pese a su persistencia en la incriminación en trámite instructor y en el acto del plenario, no han resultado creíbles a la Juzgadora de Instancia, ni a la hora de establecer cuales fueran las concretas fechas de los actos depredatorios, ni a la hora de fijar el importe dinerario de los mismos, y ello, sin que en la sentencia combatida se lleguen a exponer las razones por las que el relato de las denunciante resulta creíble en unos aspectos y no en otros, máxime cuando estos últimos afectan al relato nuclear de la conducta delictiva enjuiciada. Asimismo debemos resaltar que, si bien es cierto que las denunciante aseguraron que las sustracciones dinerarias coincidían con las fechas en las que Dña. Victoria Oliva Alcalde trabajaba en el establecimiento público referido en autos y no con las fechas en las que estaba allí otra trabajadora, no lo es menos que tal aseveración no ha sido corroborada mediante la aportación del concreto calendario laboral de las dos trabajadoras y que dicha afirmación resulta contradicha por el hecho de que en la denuncia inicial se hiciera constar que las denunciante no sabían con certeza quién era la persona que efectuaba las sustracciones, que podía ser alguien ajeno al establecimiento público y que, por tal causa, decidieron instalar en el lugar una cámara de vídeo, habiendo manifestado ambas denunciante en el plenario que no dijeron nada a Dña. Victoria Oliva Alcalde del dinero que faltaba, durante todo el tiempo que la acusada trabajó en el restaurante, porque no tenían prueba alguna de que fuera ella la autora de tales sustracciones. Finalmente resaltaremos que la afirmación de las denunciante, relativa a que Dña. Victoria Oliva Alcalde reconoció la autoría de los hechos cuando le exhibieron la cinta de vídeo referida en autos, no ha sido ratificada por la acusada, quien siempre ha negado su participación en los actos depredatorios enjuiciados (folios 16, 22 y acto del plenario).

También suelen ser frecuentes las motivaciones “ilógicas”, aquéllas que, aun no manejando argumentaciones incompatibles, sin embargo no respetan la coherencia contextual.

Un ejemplo de motivación ilógica podemos encontrarlo en el siguiente caso real, tomado de una sentencia dictada por el tribunal de apelación (Audiencia Provincial), revocando la dictada por el juzgado de instrucción en un juicio de faltas (contravención).

“La aplicación de la anterior doctrina al caso enjuiciado lleva necesariamente a concluir que la valoración de la prueba efectuada por la Juzgadora de Instancia, en lo relativo a la falta de amenazas por la que se condena a D. Ismael, debe reputarse equivocada al detectarse razonamientos carentes de la necesaria lógica y congruencia. En efecto, en la sentencia combatida se declara probado que el día 9-11-2003 Dña. Natalia discutió con D. Ismael y que este último la amenazó diciéndole “te voy a rajar”, atendiendo con tal fin a la declaración inculpativa vertida por Dña. Natalia en el acto del juicio, y ello, sin analizar ni la concurrencia en la denunciante de la causa de incredibilidad subjetiva derivada de la existencia de malas relaciones conyugales y de su intención de separarse del denunciado (folio 4), ni la existencia de contradicciones en las diversas declaraciones prestadas por Dña. Natalia, tales como las relativas a si la expresión amenazante la profirió D. Ismael en persona o por teléfono (folios 4, 29, 31, 40 y acto del plenario) o las atinentes a si la concreta frase amenazatoria pronunciada el día de autos fue “te voy a rajar” o “te voy a matar” (folios 4, 40 y acto del juicio), ni la inexistencia de corroboraciones periféricas de carácter objetivo que doten de credibilidad a la declaración de la víctima, ni las razones por las que ha de otorgarse a dicha declaración un superior valor probatorio que el atribuido a la declaración exculpativa vertida en este punto por D. Ismael, de forma reiterada y sin contradicciones, a lo largo de toda la causa”.

Puede también incluirse entre la motivación contradictoria los supuestos en los que la fundamentación no respeta las reglas de la lógica, la ciencia o la experiencia común.

CASO: Sobre la detección de diversas patologías en la motivación de las resoluciones.

Objetivo formativo: Estudiar los diversos supuestos de motivación defectuosa para así conocer cómo se deben motivar adecuadamente las resoluciones judiciales.

Construcción del caso:

Deberán seleccionarse diversas resoluciones -extraídas de casos reales- en las que se aprecien distintas patologías en la motivación, identificando los defectos y comparándolas con resoluciones correctas en su fundamentación.

XII.II. Contenido y redacción de la sentencia penal

XII.II.I. Requisitos de la sentencia

La sentencia es la resolución que pone fin al proceso, resolviendo la controversia suscitada, y, por tanto, debe recoger todos los argumentos utilizados por el juzgador para decidir el caso debatido.

Como ya se expuso al tratar la función de la motivación como medio de control democrático de las resoluciones, la sentencia como documento debe cumplir tres requisitos básicos: a) Debe ser completa, esto es, debe justificar todas las decisiones adoptadas por el juzgador y explicar todas las cuestiones planteadas por las partes; b) ha de ser autosuficiente, de manera que baste con su lectura para tener conocimiento de todas las vicisitudes del proceso, sin que sea necesario acudir a otros documentos ni a los autos originales; c) por último, debe redactarse en un lenguaje comprensible para un ciudadano medio.

El CPP recoge en su art. 334⁹¹ los requisitos que debe reunir la sentencia. Siguiendo el orden previsto en el artículo, y sin ánimo de impartir cátedra, se pueden realizar algunas reflexiones sobre su contenido práctico.

1. La mención del tribunal, el lugar y la fecha en que se dicta, el nombre de los jueces y de las partes y los datos personales del imputado.

Se trata de mostrar, al inicio de la resolución, todos los datos necesarios para identificar el proceso y a los intervinientes. Esta mención inicial evita la repetición posterior de esos datos, especialmente los referentes a las partes y al imputado, que podrían distraer al lector de la resolución. Esto último suele ocurrir cuando al redactar los hechos probados se intercalan todos los datos identificadores de las personas implicadas, convirtiendo los párrafos en un conjunto de datos tediosos y sin importancia para la comprensión de los sucedido.

Conviene distribuir este primer apartado en diversos párrafos, con objeto de evitar un bloque compacto que dificulte su lectura y consulta.

2. La enunciación del hecho objeto del juicio y su calificación jurídica.

Deberán recogerse las calificaciones jurídicas de las partes y de los hechos penalmente relevantes contenidos en éstas, en cuanto delimitan el objeto de la prueba y acotan el ámbito de los posibles hechos probados. En este sentido debería recogerse también la calificación jurídica de la defensa, no solo de las acusaciones.

3. El voto de cada uno de los jueces con exposición de los motivos de hecho y de derecho en que los fundan, sin perjuicio de que puedan adherirse a las consideraciones y conclusiones formuladas por quien vota en primer término.

91 El art. 364 CPP exige los mismos requisitos para la sentencia dictada en el procedimiento penal abreviado, si bien “de un modo sucinto”, expresión que, aunque pudiera hacer pensar en una limitación de las exigencias de motivación, no debe interpretarse en ese sentido, sino como una menor exigencia expositiva.

La exposición sobre los motivos de hecho es el espacio adecuado para recoger la valoración de la prueba, al igual que la existencia de datos probatorios que permitan tener por acreditada alguna circunstancia modificativa de la responsabilidad.

La valoración de la prueba tiene que comenzar tratando de forma individualizada cada fuente de prueba, para concluir con la exposición de la apreciación conjunta de la prueba, mostrando las conclusiones como la consecuencia lógica (“fruto racional” en expresión del art. 333 CPP) de la valoración realizada.

La motivación de los fundamentos de derecho debe evitar el exceso de menciones innecesarias a la jurisprudencia. Esta debe citarse de manera natural, cuando aporta algo al discurso, no como medio de lucimiento. Desgraciadamente este es un defecto muy frecuente en la actualidad, al menos en España, por un abuso de los sistemas informáticos, que permiten introducir una gran abundancia de doctrina jurisprudencial mediante el sistema de “cortar y pegar”, sin esfuerzo para el redactor de la resolución. El abuso de esta técnica convierte las sentencias en documentos innecesariamente extensos, de lectura tediosa, distrayendo a los destinatarios de los aspectos verdaderamente importantes de la decisión judicial.

Cuestión muy importante es la motivación de la pena, a la que ya se ha hecho referencia en un apartado anterior:

El lenguaje tiene que ser claro, preciso y comprensible para los ciudadanos con una instrucción normal. Debe favorecerse la sencillez expositiva, la utilización de párrafos breves, evitando la introducción de datos superfluos.

Como establecen los arts. 333 y 334.3 CPP la fundamentación se extiende a todos los votos, incluidos los disidentes, sin perjuicio de que puedan adherirse a las consideraciones y conclusiones formuladas por quien vota en primer lugar, pero haciéndolo constar expresamente.

4. La determinación precisa y circunstanciada del hecho que el tribunal estima acreditado judicialmente y su calificación jurídica.

Este es el apartado de la sentencia donde deben recogerse los hechos probados, de importancia capital, en cuanto describen lo sucedido, según el relato que el tribunal ha considerado acreditado por la prueba practicada. La correcta redacción de los hechos probados es uno de los apartados de la sentencia que más problemas suele acarrear, en particular en el caso de los jueces que inician su carrera profesional. Sin ánimo de ser exhaustivo se pueden dar algunas indicaciones para la correcta redacción de los hechos probados, siguiendo en este punto al magistrado Perfecto ANDRÉS IBÁÑEZ⁹²:

Debe evitarse el uso abusivo del gerundio y no solo por razones estéticas. También, y fundamentalmente, porque, en cuanto forma no personal del verbo no designa a su propio sujeto, de manera que su uso, combinado con párrafos largos, termina por hacer que “el sujeto” de la acción se pierda por el camino.

⁹² ANDRÉS IBÁÑEZ, PERFECTO. Sentencia penal: Formación de los hechos, análisis de un caso e indicaciones prácticas de redacción. Revista del Poder Judicial n° 57, CGPJ, Primer trimestre 2000.

Ha de procurarse utilizar un lenguaje descriptivo, redactando en párrafos cortos, atribuyendo al autor de la conducta típica el carácter de protagonista.

Normalmente los hechos ilícitos han de redactarse en positivo, afirmando lo que se ha probado como efectivamente sucedido, evitando introducir el aserto central de la acusación para, a continuación, decir que no se ha probado.

Los datos no deben introducirse en el texto de manera desordenada, sino siguiendo un criterio lógico con la propia dinámica de la acción que se describe, de manera que no constituyan un obstáculo para la adecuada comprensión del relato. Si se trata de un dato que no afecta directamente al desarrollo de la acción –p.ej. la identificación de una aseguradora en un accidente de automóvil o la especificación de lesiones y secuelas-, puede hacerse constar al final de los hechos probados.

CASO: Sobre la redacción de hechos probados.

Objetivo formativo: Estudiar la correcta redacción de los hechos probados y los defectos más habituales.

Construcción del caso:

- 1) Se puede construir un caso simulado aportando a los participantes el material probatorio resultante de un hipotético juicio, así como el relato de la acusación, para que con ellos construyan el relato de hechos probados.
- 2) Además se aportarán resoluciones extraídas de casos reales con defectos en la redacción de hechos probados, al objeto de identificarlos.

El art. 336 CPP exige que exista correlación entre acusación y sentencia, de manera que ésta no puede tener por acreditados otros hechos u otras circunstancias que los descritos en la acusación y, en su caso, en su ampliación, salvo cuando favorezcan al imputado. Sin embargo, esto no significa que debe seguirse una práctica relativamente frecuente: la reproducción literal de los escritos de acusación.

Los hechos probados deben ser redactados por el juzgador, por ser ésta la única manera de reproducir fielmente en la sentencia el relato fáctico que ha resultado acreditado en el juicio, evitando dejar fuera de la resolución datos o elementos significativos, reforzando el rigor y la coherencia del discurso.

Por el contrario, el tribunal puede recoger en la sentencia una calificación jurídica diferente de la contenida en la acusación, o aplicar penas distintas a las solicitadas, con el límite de que no sean superiores, salvo en el procedimiento penal abreviado, en el que la pena impuesta en la sentencia no puede superar la requerida en la acusación, ni agravar el régimen de cumplimiento solicitado (art. 364 CPP).

CASO: Sobre la divergencia entre la acusación y los hechos declarados probados en la sentencia.

Objetivo formativo: Estudiar la correcta redacción de los hechos probados y la necesidad de que éstos sean coherentes con la acusación formulada.

Construcción del caso:

Se aportarán resoluciones –reales o construidas al efecto- en las que se aprecien divergencias entre la acusación y el relato de hechos probados para su identificación y corrección.

5. La parte dispositiva con mención de las normas aplicables.

La redacción de la parte dispositiva debe ser clara y concisa, evitando las menciones innecesarias y los pronunciamientos confusos y farragosos. En este sentido conviene no utilizar un párrafo único, sino todos los que resulten necesarios para una mayor claridad.

Deberán recogerse expresamente todas las normas aplicables, siguiendo el orden lógico que demande la propia parte dispositiva.

La sentencia condenatoria fijará con precisión las penas que correspondan y, en su caso, determinará el perdón judicial, la suspensión condicional de la pena y las obligaciones que deba cumplir el condenado. También decidirá sobre las costas con cargo a la parte vencida y sobre la entrega de los objetos secuestrados a quien tenga mejor derecho a poseerlos, sin perjuicio de los reclamos que correspondan ante los tribunales civiles y decide, también, sobre el decomiso y la destrucción previstos en la ley (art. 338 CPP).

La sentencia absolutoria ordenará la libertad del imputado, la cesación de las medidas de coerción, la restitución de los objetos secuestrados que no estén sujetos a decomiso o destrucción, las inscripciones innecesarias y fija las costas (art. 337 CPP).

6. La firma de los jueces, pero si uno de los miembros del tribunal no puede suscribir la sentencia por impedimento ulterior a la deliberación y votación, ello se hace constar en el escrito y la sentencia vale sin esa firma.

XII.11.2. Supuestos en los que se difiere la redacción de la sentencia

El art. 335 CPP exige que la sentencia se redacte y firme inmediatamente después de la deliberación para, a continuación, leerse por el secretario en presencia del imputado y demás partes personadas.

Sin embargo, exceptúa aquellos casos en los que, por la complejidad del asunto o lo avanzado de la hora, sea necesario diferir la redacción de la sentencia, permitiendo que se lea tan sólo la

parte dispositiva y que uno de los jueces relate de manera resumida al público y a las partes los fundamentos de la decisión.

Si el asunto resulta muy complejo parece que lo más razonable es que el tribunal realice un esquema de los motivos de hecho y de derecho que sirven de fundamento a la resolución para su lectura al público, así como para su posterior desarrollo al redactar la resolución. En todo caso, considero que dicha lectura previa a la redacción deberá hacer referencia a todos los motivos que después se recojan en la sentencia, ya que el precepto tan sólo permite un relato “resumido” de los fundamentos de la resolución.

De todas maneras, la existencia de alguna discordancia entre la lectura resumida y la integral no tiene trascendencia práctica para el recurso, ya que la sentencia solo se considera notificada con la lectura de la sentencia completa.

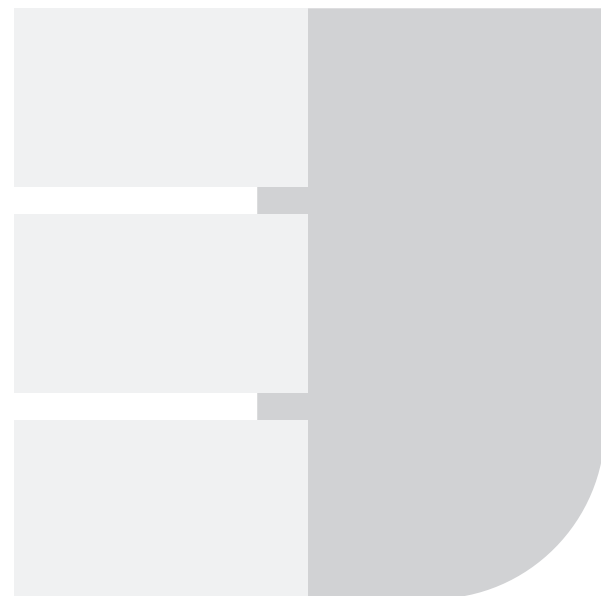
CASO: Sobre aquellos supuestos en los que, por diferirse la redacción de la sentencia, sea necesario elaborar un relato resumido de los fundamentos de la resolución.

Objetivo formativo: Estudiar la correcta elaboración en estos supuestos del resumen que debe comunicarse antes de la redacción definitiva.

Construcción del caso:

Partiendo de la resolución dictada en un caso complejo realizar una labor de síntesis, identificando aquellos fundamentos de la resolución que deberían haberse leído a los asistentes con carácter previo a la redacción definitiva y el modo en que se tendrían que haber elaborado de manera resumida. Se trata de proceder de forma inversa a la exigida por la norma.

Bibliografía Recomendada



Unidad I

BINDER, Alberto. **Iniciación al proceso penal acusatorio**. San José, Costa Rica: Editorial Jurídico-Continental, 1999. 167p.

Conferencia “**El centro interamericano para la administración de justicia y Convención Americana sobre Derechos Humanos**”. San José (Costa Rica), 1969.

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana. Bogotá, Colombia, 1948.

Declaración Universal de los Derechos Humanos, proclamada por la Asamblea General de la ONU en su resolución 217 A (III). Fecha de adopción 10 de diciembre de 1948.

HOUED, Mario; SÁNCHEZ, Cecilia; y FALLAS, David. **Proceso penal y derechos fundamentales**. San José, Costa Rica : Escuela Judicial, 1998. 180p.

DEL MORAL, Antonio. **Publicidad y secreto en el proceso penal**. Granada: Comares, 1996.

Pacto internacional de los derechos civiles y políticos. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966.

República Dominicana. [Leyes]. **Constitución de la República Dominicana**. Edición oficial. Santo Domingo: 2003.

República Dominicana. [Leyes]. **Código penal de la República Dominicana**. Santo Domingo, 2001.

República Dominicana. [Leyes]. **Código Procesal Penal de la República Dominicana**. Santo Domingo: Fundación Institucionalidad y Justicia. 2003. 201p.

Unidad 2

MORA, Wilfredo. **Criminología Y Violencia Urbana**. Santo Domingo: Editora Búho, 2003. 113p.

MORA, Wilfredo. **Diario De La Cárcel**. Santo Domingo: Editora Búho, 2004. 170p.

Unidad 3

MAIER, Julio B.J. (Compilador) **De Los Delitos Y De Las Víctimas**. Buenos Aires, Argentina : Ad Hoc. 1992. 316 p.

LASCANO, Carlos. **Nuevas Formulaciones en las Ciencias Penales**. Córdoba: Lerner Editora Córdoba. 2001, 854 p.

ARBUROLA, Allan. **Código Penal, Comentado Anotado Y Concordado**. San José, Costa Rica: Obras Jurídicas Probatorias. 1999. 286 p.

ALSINA, Hugo. **Tratado Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial**, 2° ed. Buenos Aires : Ediar. 1956. 760 p.

ARAGONESES, Pedro. **Proceso y Derecho Penal (Concepto, naturaleza, tipos, método, fuentes y aplicación del derecho procesal)**. Madrid, España: Editorial Aguilar, 1960.

ARMENTA, Teresa. **Criminalidad De Bagatela Y Principio De Oportunidad: Alemania y España**. Barcelona: P.P.U, 1991. 258 p.

ARMILJO, Gilbert. **Enfoque Procesal De La Ley Penal Juvenil**. San José: Litografía e imprenta LIL. S.A. 1997.

ARMILJO, Gilbert. **Manual de Derecho Procesal Penal Juvenil**. San José, Costa Rica: IJSA. 1998.

ARMILJO, Gilbert; LLOBET, Javier y RIVERO, Juan M. **Nuevo Proceso Penal Y Constitución**, San José, Costa Rica : IJSA. 1998. 411 p.

BACIGALUPO, Enrique. **Derecho Penal, Parte General**. 2° ed. Buenos Aires, Argentina: Editorial Hammurabi SRL. 1999. 691 p.

BENAVIDES, Diego et. Al. **Ensayos Sobre Conciliación Judicial y Mediación**. San José, Costa Rica: CONAMAJ. 2003, 189 p.

BLANCO ODIO, Alfredo. **El Derecho Procesal Penal Costarricense**. San José, Costa Rica: Porvenir. 1992. 254 p.

BOVINO, Alberto. **La Suspensión Del Procedimiento Penal a Prueba en el Código Penal Argentino**. Buenos Aires: Editores del Puerto s.r.l. 2001. 271 p.

CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario Jurídico Elemental., Buenos Aires**: Editorial Heliasta. 2001, 422 p.

CAFFERATA, José I. **Temas de Derecho Procesal Penal, Buenos Aires**: Ediciones Desalma. 1988. 310 p.

CAMPOS, Mayra. **La Justicia Penal Juvenil en Costa Rica**. San José, Costa Rica, 1999, 209 p.

CAPITANT, Henry. **Vocabulario Jurídico**. Buenos Aires: Desalma. 1973, 601 p.

CARNELUTTI, Francesco. **Cuestiones Sobre El Proceso Penal**. Buenos Aires, Argentina : Ediciones Jurídicas Europa-América. 1961. 516 p.

CARRANZA, Elías (coordinador). **Justicia Penal Y Sobrepoblación Penitenciaria**. San José, Costa Rica : ILANUD, Siglo Veintiuno Editores. 2001.

CHAN, Gustavo; CHINCHILLA, Rosaura, y GARCÍA, Rosaura. **Violación De Derechos Fundamentales Y Criminalización Secundaria En El Sistema De Justicia Penal Juvenil**. San José, Costa Rica : IJSA. 2003. 282 p.

CORTÉS, Ronald. **La Etapa Preparatoria En El Nuevo Proceso Penal**. San José, Costa Rica : IJSA. 1988. 132 p.

Escuela Judicial de Costa Rica, Unidad De Resolución Alternativa De Conflictos. **Conciliación Judicial, Antología De La Unidad De Resolución Alternativa De Conflictos Del Poder Judicial De Costa Rica**. San José, Costa Rica. 1999. 400 p.

Procuraduría General De La República De Costa Rica. **Seminario Sobre La Participación De La Procuraduría General De La República En La Resolución Alternativa De Conflictos**. San José, Costa Rica : Imprenta Nacional. 2000. 188 p.

COUTURE, Eduardo. **Vocabulario Jurídico**. Buenos Aires : Desalma. 1976. 587 p.

CREUS, Carlos. **Reparación Del Daño Producido Por El Delito**. Santa Fe : Rubizal-Culzoni. 1995. 224 p.

DE OLAZÁBAL, Julio. **Suspensión Del Proceso A Prueba**. Buenos Aires, Argentina : Editorial Astrea. 1994. 191 p.

DIEGO, Luis. **Justicia Criminal Consensuada**: (algunos modelos del derecho comparado en los EE.UU., Italia y Portugal). Valencia: Tirant lo Blanch; Universidad de Cádiz; Servicio de Publicaciones. 1999. 207p.

Directrices Sobre La Función De Los Fiscales. Aprobadas por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en La Habana (Cuba) del 27 de agosto al 7 de3 septiembre de 1990.

EDWARDS, Carlos E. **El Juicio Abreviado Y La Instrucción Sumaria En El Código Procesal Penal De La Nación**. Córdoba, España : Marcos Lerner. 1997. 247p.

GARCÍA, Rosaura. **La Suspensión Del Proceso A Prueba En Materia Penal.** San José, Costa Rica : IJSA. 1998, 168 p.

GATGENS, Erick y RODRÍGUEZ, Alexander. **Principio De Oportunidad, Conveniencia Procesal De La Persecución Penal.** San José, Costa Rica : Editorial Juritexto. 2000. 408 p.

GIMENO, Vicente. **Fundamentos del Derecho Procesal,** Madrid, España : Editorial Civitas, 1981.

GÓMEZ, Emilio, y HERCE, Vicente. **Derecho Procesal Penal.** 8º ed. Madrid, 1975, 410 p.

GONZÁLEZ, Daniel (Compilador). **Reflexiones sobre el nuevo Proceso Penal.** 2da. Ed. San José, Costa Rica : Fondo editorial del Colegio de Abogados y la Asociación de Ciencias Penales. 1997. 956 p.

GONZÁLEZ, Daniel y ARROYO, José M. **Los Diversos Sistemas Procesales Penales. Principios Y Ventajas Del Sistema Procesal Mixto Moderno.** San José, Costa Rica: ILANUD, 1991.

HIDALGO, José D. **Introducción Al Nuevo Código Procesal Penal.** San José, Costa Rica : IJSA. 1998. 727 p.

ISSA, Henry. A La Armonía Por **La Palabra: La Solución Negociada De Conflictos Penales, Convenio Corte** – AID. Costa Rica, 1995, 82 p.

ISSA, Henry (compilador). **Víctima Y El Proceso Penal Costarricense.** San José, Costa Rica : Corte Suprema de Justicia, Escuela Judicial. 2000. 430 p.

KEMELMAJER, Aída. **Justicia Restaurativa,** Santa Fe, Argentina : Rubinzal – Culzoni Editores. 2004. 632 p.

LEONE, Giovanni. **Tratado de Derecho Procesal Penal, Doctrinas Generales.** TI. Buenos Aires : Ediciones Jurídicas Europa – América. 1963. 775 p.

LLOBET, Javier. **Proceso Penal Comentado.** 2º ed. Costa Rica : Editorial Jurídica Continental, 2003. 512 p.

MANZANARES, Jose L. *Oportunidad y Conformidad.* En: **Cuadernos de Derecho Judicial.** — N°V – 1992. p.27 – 50.

MAIER, Julio B.J. y BINDER, Alberto (compiladores). **El Derecho Penal de Hoy.** Buenos Aires, Argentina : Editores del Puerto S.R.L. 1995. 636 p.

MAIER, Julio. **Derecho Procesal Penal.** TI. 2ª ed. Buenos Aires, Argentina, Editores del Puerto S.R.L., 1996, 918 p.

MAIER, Julio y BOBINO, Alberto (compiladores). **El Procedimiento Abreviado**. Buenos Aires: Editores Del Puerto. 2001. 475p.

MARCHISIO, Adrián. **El Juicio Abreviado Y La Instrucción Sumaria**. Buenos Aires: Ad-HOC, 1998. 256p.

MARINO, Esteban. "Suspensión del Procedimiento a Prueba" En: **El Nuevo Código Procesal Penal De La Nación. Análisis Crítico**. Buenos Aires, Argentina : Editores del Puerto S.R.L. 1993. p. 29-41.

MONTERO, Juan. **Introducción al Derecho Procesal**. Madrid, España : Editorial Tecnos. 1976.

MUERZA, Julio. **El proceso Penal Abreviado**. Navarra, España : Editorial Aranzadi 2002, 291 p.

MURILLO, Roy. **Ejecución de la Pena**. San José : CONAMAJ 2002, 248 p.

NEUMAN, Elías. **Mediación y Conciliación Penal**. Buenos Aires: Ediciones onrad , 1997. 142p.

NINO, Carlos y ZAFFARONI, Eugenio. **Un Debate Sobre La Pena**. Buenos Aires, Argentina : Editorial Jurídica Continental INECIP. 2000. 55 p.

ODERIGO, Mario A. **Derecho Procesal Penal**. Buenos Aires, Argentina : Editorial Ideas. 1952, 420 p.

PESSOA, Nelson. **Fundamentos Constitucionales de la Excepción de Prisión y Excarcelación**. Argentina : Hammurabi, S.R.L. 1992.

PORRAS, Mario ; SALAZAR, Ronald y SANABRIA, Rafael. **La Aplicación De La Suspensión Del Proceso A Prueba En Costa Rica (De La Teoría A La Praxis)**. San José, Costa Rica : Editorial Jurídica Continental. 2003. 166 p.

Principios Básicos Sobre La Función De Los Abogados. Aprobados por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en La Habana (Cuba) del 27 de agosto al 7 de 3 septiembre de 1990.

Real Academia Española. **Diccionario de la Lengua Española**, T.I, Madrid, España : Mateu-Cromo, Artes Gráficas. 1077p.

Real Academia Española. **Diccionario de la Lengua Española**, T.II, Madrid, España : Mateu-Cromo, Artes Gráficas, 2133 p.

RODRÍGUEZ, Nicolás. **La Justicia Penal Negociada: Experiencias De Derecho Comparado**. Salamanca : Universidad de Salamanca. 1997. 343p.

- ROXIN, Claus. **Derecho Procesal Penal**. Buenos Aires : Editores del Puerto S.R.L. 2000.
- SALAZAR, Ronald. **El Juicio Abreviado. Entre El Galantismo Y La Eficiencia En La Justicia Penal**. San José, Costa Rica : IJSA. 2003. 496 p.
- SCHÖNBOHM, Horst y LÖSING, Norbert. **Sistema Acusatorio, Proceso Penal, Juicio oral en América Latina y Alemania**. Caracas : Fundación Conrad Adenauer. 1995.
- SOJO, Guillermo. Et. Al. **Ministerio Público Y Reforma Procesal Penal**. San José, Costa Rica : Colegio de Abogados de Costa Rica. 1997. 186 p.
- SOLARI, Juan A. **Reparación Del Daño, El Particular Damnificado En El Derecho Penal**, Buenos Aires : Desalma. 1962.
- STIPEL, Jörg y MARCHISIO Adrián. **Principio de Oportunidad y Salidas Alternativas al Juicio Oral en América Latina**. Buenos Aires, Argentina : Ad Hoc. 2002. 552p.
- TIFFER, Carlos, LLOBET, Javier y DÜNKEL, Frieder. **Derecho Penal Juvenil**. San José : Imprenta y Litografía Mundo Gráfico de San José S.A., 2002, 642 p.
- UREÑA, José Joaquín. **Actividad Procesal Defectuosa y Proceso Penal**. San José, Costa Rica : Editorial Jurídica Continental. 2004, 104 p.
- VÁSQUEZ, Edmundo. **Derechos Fundamentales y Justicia Penal**. San José, Juricentro. 1992. 608 p.
- VILTALE, Gustavo L. **Suspensión Del Proceso Penal A Prueba**. Buenos Aires, Argentina, Editores del Puerto S.R.L 1996.
- WILDE, Zulema D. y GAIBROIS, Luis M. **Qué es la Mediación**. Buenos Aires, Argentina Abeledo-Perrot. 1994. 117 p.
- ZAFFARONI, Eugenio (Coordinador). **El Proceso Penal. Sistema Penal Y Derechos Humanos**. San José, Costa Rica : Editorial Porrúa. 2000. 726 p.
- ZAFFARONI, Eugenio. "Los objetivos del sistema penitenciario y las normas constitucionales" En: **El Derecho Penal Hoy**. Buenos Aires, Argentina : Editores del Puerto S.R.L. 1995.
- ZULITA FELLINI (directora). **Mediación Penal. Reparación Como Tercera Vía En El Sistema Penal Juvenil**. Buenos Aires : Desalma. 2002, 224 p.
- ANTILLÓN, Walter. *¿Es El Proceso Una Relación Jurídica?* En: **Ivstitia**, abril 1988. Año 2 (16) : 7-10.
- ARMENTA, Teresa. "El proceso penal: nuevas tendencias, nuevos problemas". **Revista de Ciencias Penales**, Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica. Agosto, 1997. Año 9 (13) : 19-35.

BARBOSA, José C. "La transacción penal brasileña y el derecho norteamericano". **Revista de Ciencias Penales**. Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, Marzo, 2000. Año 12 (17) : 49-53.

BORJA, Emiliano. "Derecho Penal y Paz social, ensayo sobre una aparente contradicción". **Revista de Ciencias Penales**, Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, Noviembre 1994, Año 6 (9) : 7-16.

BOVINO, Alberto. "La Víctima Como Sujeto Público Y El Estado Como Sujeto Sin Derecho". **Revista de Ciencias Penales**, Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, Diciembre 1998. Año 10 (15) : 28-34.

CAFFERATA, José I. "Juicio Penal Abreviado". **Revista de Ciencias Penales**, Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, Julio 1996. Año 8 (11) : 3-7.

CHINCHILLA, Rosaura. "La Acción Civil Resarcitoria En El Proceso Abreviado". **Revista de Ciencias Penales**, Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, Agosto 2001, Año 13 (19) : 97-105.

CHINCHILLA, Rosaura. "Proceso Penal Abreviado y Derecho de la Constitución". **Revista de Ciencias Penales**, Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, Diciembre 1997, Año 9 (14) : 97-104.

CORTÉS, Ronald. "Algunos Apuntes Sobre La Legitimación Para Conciliar En El Nuevo Código Procesal Penal". **Revista de Ciencias Penales**, Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, mayo 1999. Año 11 (16) : 93-101.

ESER, Albin. "Una Justicia Penal A La Medida Del Ser Humano". **Revista de Ciencias Penales**, Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, Diciembre 1998. Año 10 (15) : 3-15.
GARCÍA, Rosaura, "Requisitos De La Suspensión Del Proceso A Prueba Ante La Infracción Juvenil". En: Revista de Ciencias Penales. Marzo, 2000. Año 12 (17) : 83-99.

GARCÍA, Rosaura. "Aceptación De Los Cargos Y Decisión Jurisdiccional En La Suspensión Del Proceso A Prueba En Materia Penal Juvenil". En: **Revista de Ciencias Penales**. Mayo 1999, Año 11 (16) : 79-92

GONZÁLEZ, Daniel. "El principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal". **Revista de Ciencias Penales**, Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, julio, 1993, Año 5, N°7, p. 63-73.

GONZALEZ, Daniel. "La conciliación Penal en Iberoamérica". **Revista de Ciencias Penales**, Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica. Noviembre 2000, Año 12 (18) : 115-140.

HASSEMER, Winfried. "La Persecución Penal: Legalidad Y Oportunidad". **Revista de Ciencias Penales**, Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica. Septiembre 1995, Año 7 (10) : 2-8.

HIRSCH, Hans Joachim. "La Reparación Del Daño En El Marco Del Derecho Penal Material" Justicia penal y sociedad, **Revista Guatemalteca de Ciencias Penales**. Octubre de 1991, Año 1 (1) : 23-45

ISSA, Henry. "Solución Alternativa Del Conflictos Penales. Una Propuesta De Marco Teórico." **Revista de Ciencias Penales**, Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica. Noviembre 1994. Año 6 (9) : 65-72.

RIVERO, Juan M. "Comentarios Sobre La Necesidad De Los Mecanismos Alternativos Del Derecho Penal". En: **Ivstitia**. Noviembre 1987, Año 1 (11) : 9-11.

ROXIN, Claus. "La Reparación En El Sistema De Los Fines De La Pena". **Revista Guatemalteca de Ciencias Penales. Justicia Penal y Sociedad**. Octubre 1991, Año 1 (1) : 5-22.

SALAZAR, Alonso. "Suspensión del Procedimiento a prueba y proceso abreviado, un problema de constitucionalidad". **Revista de Ciencias Jurídicas**. Mayo-Agosto 1999. (90) : 131-145.

SÁNCHEZ, Cecilia; HOUED, Mario Alberto y CHIRINO, Alfredo. "El Abolicionismo y el rol de las comunidades indígenas". **Revista de Ciencias Penales**, Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica. Noviembre 1994. Año 6 (9) : 47-64.

I.4.2. Documentos electrónicos

DÖLLING, Dieter. *El Desarrollo De Las Sanciones No Privativas De Libertad En El Derecho Alemán. Traducción Realizada Por José Hurtado Pozo Y Aldo Figueroa Navarro*. [En línea] Disponible en: http://www.unifr.ch/derechopenal/anuario/97_98/pdf/Penas_Alemania.pdf [Consulta 18-11-04].

FREHSEE, Detlev. *Restitution and Offender-Victim Arrangement in German Criminal Law: Development and Theoretical Implications* [En línea]. Disponible en: [http://wings.buffalo.edu/law/bclc/bclarticles/3\(1\)/fresheemacro.pdf](http://wings.buffalo.edu/law/bclc/bclarticles/3(1)/fresheemacro.pdf). [Consulta: 14-12-04].

HARTMANN, Ute I. *Victim-Offender Reconciliation with Adult Offenders in Germany* [En línea], Enero de 2000. Disponible en: [http://wings.buffalo.edu/law/bclc/bclarticles/3\(1\)/fresheemacro.pdf](http://wings.buffalo.edu/law/bclc/bclarticles/3(1)/fresheemacro.pdf). [Consulta: 14-12-04]

CROSPOMA, Enrique. *La Reparación Penal*. [En línea], Setiembre 2002. Disponible en: http://www.derecho.com/boletin/articulos/articulo_0151.htm. [Consulta 18-11-2004]

SCHÜNEMANN, Bernd. *The Role Of The Victim Within The Criminal Justice System: A Three-Tiered Concept*. Disponible en: [http://wings.buffalo.edu/law/bclc/bclarticles/3\(1\)/schuenemann_.pdf](http://wings.buffalo.edu/law/bclc/bclarticles/3(1)/schuenemann_.pdf) [Consulta: 18-11-2004].

I.4.3. Entrevistas

Entrevista al Lic. José Joaquín Ureña Salazar, defensor público del II Circuito Judicial de San José, realizada el día 29 de Julio del 2004.

Entrevista al Máster Douglas Durán Chavaría, Director de la Maestría en Criminología del a Universidad Estatal a Distancia (UNED), realizada el día 28 de julio del 2004.

Entrevista al Dr. Javier LLOBET RODRÍGUEZ, Juez del Tribunal Superior de Casación Penal de Costa Rica.

Unidad 4

ASENCIO, José M. **Prueba Prohibida Y Prueba Preconstituida**. Madrid : Editorial Trivium, 1989.

DE URBANO, Eduardo y TORRES, Miguel A. **La Prueba Ilícita Penal**. Estudio jurisprudencial, Pamplona : Editorial. Aranzadi. 2000.

DÍAZ, José.A. *La Admisión Y Práctica De La Prueba En El Proceso Penal*. **Cuadernos del Consejo General Del Poder Judicial**. Madrid, 1992.

FÁBREGA, Cristóbal. *Aspectos Jurídicos De Las Nuevas Técnicas De Investigación Criminal, Con Especial Referencia A La "Huella Genética" Y Su Valoración Judicial*". **La Ley: Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía**. 1999 (4721) 1689-1697.

GAVARA, Juan C., "El Principio De Proporcionalidad Como Elemento De Control De La Constitucionalidad De Las Restricciones De Los Derechos Fundamentales". **Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional**. Enero 2004, (16).

GIMENO, Vicente. "El Ministerio Fiscal y el artículo 124 CE", En: **Constitución y Proceso**. Madrid : Editorial Tecnos, 1988.

GONZÁLEZ-CUÉLLAR, Nicolás. **Proporcionalidad Y Derechos Fundamentales En El Proceso Penal**. Madrid : Editora Colex, 1990. 352p

GONZÁLEZ, Olayo E. "Aspectos Constitucionales De Algunas Diligencias Sumariales Que Afectan A Los Derechos A La Intimidad Y Al Secreto De Las Comunicaciones: Entradas Domiciliarias. Comunicaciones Postales Y Telefónicas" En, **Cuadernos De Derecho Judicial, dedicado a Constitución Y Garantías Penales**. 2003. (15) Madrid.

BARREIRO, Agustín. "La prueba ilícita en el proceso penal". En: **Planes Provinciales Y Territoriales De Formación Año 1992, Recopilación De Ponencias Y Comunicaciones**, vol. II. Madrid : CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, 1993.

MIRANDA, Manuel. **La Mínima Actividad Probatoria En El Proceso Penal**. Barcelona : Bosch Editor, 1997.

MIRANDA, Manuel. **El Concepto De Prueba Ilícita Y Su Tratamiento En El Proceso Penal**. Barcelona : Bosch Editor, 2004.

MONTAÑÉS, Miguel A. **La Presunción De Inocencia. Análisis Doctrinal Y Jurisprudencial**, Pamplona : Editorial Aranzadi, 1999.

PAZ, José M. **La Prueba En El Proceso Penal: Su Práctica Ante Los Tribunales**. Madrid : Editorial Colex, 1999.

PEDRAZ, Ernesto. **Introducción al Derecho Procesal Penal (Acotado Al Ordenamiento Jurídico Nicaragüense)**. Managua : Editora Hispamer, 2003.

VILAR, Ramón. "Diligencias De Entrada Y Registro En Lugar Cerrado. Intervención De Correspondencia Y De Comunicaciones. Forma De Llevarlas A Cabo Y Documentación. Valor Probatorio De Tales Diligencias". En **Recopilación de Ponencias y Comunicaciones. Planes Provinciales y Territoriales de Formación**. Vol. II. Madrid : C.G.P.J. 1993.

B) Cacheos e Intervenciones Corporales

DEL MORAL, Antonio. "Intervenciones Corporales: Reflexiones Ante La Inminente Enésima Reforma De La Ley De Enjuiciamiento Criminal". En: **Cuadernos de Derecho Judicial dedicado a Constitución y Garantías Penales**. Madrid (15) 2003.

DÍAZ, José A. "Cacheos Superficiales, Intervenciones Corporales Y El Cuerpo Humano Como Objeto De Recogida De Muestras Para Análisis Periciales (ADN, Sangre, Etc.)". **Cuadernos De Derecho Judicial Dedicado A Medidas Restrictivas De Derechos Fundamentales**. Madrid, (12) 1996.

ETXEBERRÍA, José F. Las Intervenciones Corporales: Su Práctica Y Valoración Como Prueba En El Proceso Penal (Inspecciones, Registros Y Extracción De Muestras Corporales). Madrid : Editora Trivium, 1999.

ETXEBERRÍA, José F. "Intervenciones Corporales: La Regulación Que Se Aproxima". En: Tribunales de Justicia. (12) 2000.

ETXEBERRÍA, José F. "Los Análisis De ADN En La Ley De Enjuiciamiento Criminal (Reformada Por La Ley Orgánica 15/2003, De 25 De Noviembre)". En: **La Ley Penal: Revista De Derecho Penal, Procesal Y Penitenciario**. (4) abril 2004.

FORCADA, Marcos. "Las Inspecciones O Registros Sobre La Propia Persona". En: La Ley, 1990-4.

GARCÍA, Mónica. "Las Intervenciones Corporales En La Reciente Jurisprudencia Del Tribunal Constitucional ¿Falta De Cobertura Legal?". En: Revista Internauta de Práctica Jurídica. [En Línea] Disponible en: <http://www.uv.es/ripj/monia.htm>.

GIL, Angel. **Intervenciones Corporales Y Derechos Fundamentales**. Madrid : Editorial Colex, , 1995. 124p.

GIL, Angel. "Protección De La Intimidad Corporal: Aspectos Penales Y Procesales". En: **Revista General de Derecho**. Julio-agosto 1996 (622-623) 7949-8026 p.

GÓMEZ, Luis. **Las Intervenciones Corporales Como Diligencias De Investigación Penal**. Pamplona : Editorial Thomson / Aranzadi. 2003.

HUERTAS, María I. **El Sujeto Pasivo Del Proceso Penal Como Objeto De Prueba**. Barcelona : J. M. Bosch Editor, 1999. 514p.

IGLESIAS, Inés. **Investigación Penal Sobre El Cuerpo Humano Y Prueba Científica**. Madrid : Editora Colex, 2003.

LÓPEZ BARJA, Jacobo. y RODRÍGUEZ, Luis. "La intimidad corporal devaluada (Comentario a la sentencia número 37/1989, de 15 de febrero del TC)". En: **Poder Judicial**. (14) 1989.

LÓPEZ BARJA, Jacobo. "La prueba en el proceso penal obtenida mediante el análisis del ADN", En: **Cuadernos de Derecho Judicial Genética y Derecho**. (6) Madrid : Consejo General Del Poder Judicial. 2004.

LÓPEZ, Juan. "La protección de la intimidad en la investigación penal: necesidad y proporcionalidad de la injerencia como presupuestos de validez". En: **Cuadernos de Derecho Judicial Perfiles Del Derecho Constitucional A La Vida Privada Y Familiar**. (22) Consejo General Del Poder Judicial. Madrid, 1996.

LUZÓN, José M^a. "Entrada y registro en domicilios y lugares cerrados". En: **Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal**. (6) Ministerio de Justicia, Madrid. 1997

MONER, Eduardo. "Las Intervenciones Corporales". En: **La Restricción De Los Derechos Fundamentales De La Persona En El Proceso Penal. Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General Del Poder Judicial**, Madrid. 1993.

NARVÁEZ, Antonio. "La prueba del ADN" En: **Jueces para la Democracia. Información y Debate** (51) noviembre 2004.

A) Registro de Lugares

ALONSO, Luis. **El Derecho A La Inviolabilidad Domiciliaria En La Constitución Española De 1978**. Madrid : Editorial Colex, 1993.

CABEZUDO, José. **La Protección Del Domicilio (Las Restricciones A La Inviolabilidad Del Domicilio En El Proceso Penal)**. Valencia : Centro Francisco Tomás y Valiente. UNED, 2004.

FRANCO, Justo. "La Entrada En Lugar Cerrado". En: **Justicia: Revista de Derecho Procesal Penal**. 1987. (3) 581-612

GONZÁLEZ-CUÉLLAR, Nicolás. "Entrada Y Registro En El Domicilio". **Cuadernos De Derecho Judicial Dedicado A La Restricción De Los Derechos Fundamentales De La Persona En El Proceso Penal**. Madrid : Consejo General Del Poder Judicial. 1993. (29) 115-130

HINOJOSA, Rafael. La **Diligencia De Entrada Y Registro En Lugar Cerrado En El Proceso Penal**. Madrid : Editoriales de Derecho Reunidas. 1996.

LÓPEZ BARJA, Jacobo. **La Entrada Y Registro En Domicilio" Política Criminal Y Reforma Penal. Libro Homenaje A La Memoria Del Profesor Doctor Juan Del Rosal**. Madrid : Editora Edersa. 1993.

LUZÓN, José M^a. "Entrada Y Registro En Domicilio Y Lugares Cerrados". En: **Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal**. Madrid : Ministerio de Justicia (6) 1997.

PRIETO, Javier I. "Entrada Y Registro Domiciliarios En El Proceso Penal". En: **Revista de Derecho Penal y Criminología**. Madrid : Universidad Nacional de Educación a Distancia. (6) 1996.

RIVES, Antonio. **La Diligencia De Entrada Y Registro Domiciliario**. Barcelona : Editorial Bosch. 2004. 164p

RODRÍGUEZ, Luis. **Registro Domiciliario Y Prueba Ilícita**. Granada : Editorial Comares. 1998.

DEL ROSAL, Bernardo. "El Concepto De Delito Flagrante En La Ley De Seguridad Ciudadana" En: **La Ley: Revista Jurídica Española De Doctrina, Jurisprudencia Y Bibliografía**. 1993. (1) 873-878

VEGAS, Jaime. "Prueba Ilícita En Particular (II): La Ilícitud De La Diligencia De Entrada Y Registro En Lugar Cerrado Y Sus Consecuencias". En: **Cuadernos de Derecho Judicial dedicado a La prueba en el proceso penal II**. Madrid : Consejo General Del Poder Judicial. (9) 1996. 293-372

D) Secuestro de Correspondencia

NARVÁEZ, Antonio. "Intervenciones Postales". En: **Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal**. Madrid : Ministerio de Justicia. (6) 1997.

ZARAGOZA AGUADO, J. A., "El Secreto De Las Comunicaciones Postales". En: **Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal**. (7) Madrid : Ministerio de Justicia 1999.

E) Interceptación de Telecomunicaciones

ALONSO PÉREZ, F., Intervención de las comunicaciones postales, telegráficas y telefónicas, Edit. Dykinson, Madrid, 2001.

LÓPEZ BARJA, Jacobo. **Las Escuchas Telefónicas Y La Prueba Ilegalmente Obtenida.** Madrid : Editorial Akal. 1989.

LÓPEZ-FRAGOSO, Tomás., **Las Intervenciones Telefónicas En El Proceso Penal.** Madrid: Editorial Colex. 1991.

LUCAS MURILLO, Pablo. "Los Derechos Fundamentales Al Secreto De Las Comunicaciones Y A La Autodeterminación Informativa". En: **Derechos procesales fundamentales, Manuales de Formación Continuada.** Madrid : Consejo General Del Poder Judicial. (22) 2005.

MONTERO, Juan. **La Intervención De Las Comunicaciones Telefónicas En El Proceso Penal,** Editorial Valencia : Tirant lo Blanch. 1999.

RIVES, Antonio. **La Intervención De Las Comunicaciones En La Jurisprudencia Penal.** Pamplona : Editorial Aranzadi. 2000.

RODRÍGUEZ, José L. **La Intervención De Las Comunicaciones Telefónicas.** Barcelona : Editorial Bosch. 2002. 358p.

SÁNCHEZ, Manuel E. **"La Interceptación De Las Comunicaciones Telefónicas"** En: Estudios Jurídicos. Madrid : Ministerio Fiscal. (5) 2001.

VILABOY, Lotario y NOYA, Lourdes. **La Intervención De Las Comunicaciones Telefónicas En El Proceso Penal. Barcelona:** Editorial Bosch. 2002. 358p.

VELASCO, Eloy. "Presencias Y Ausencias (Aspectos Aclarados Y Discutidos) En Materia De Intervenciones Telefónicas, En Espera De Una Regulación Parlamentaria Del Tema". En: **Actualidad Penal.** Madrid, 3 mayo 1993 (18). 221-277

Unidad 6

BATISTA, Elpidio. **El Abogado Defensor Puertorriqueño (Litigación: Vivencias, Casos Y Comentarios).** San Juan, Puerto Rico: Ediciones Situm. 2001.

BERGMAN, Paul. **La Defensa En Juicio.** 2a ed. Buenos Aires: Editorial Alfredo-Perrot. 1989.

CHIESA, Ernesto L. **Derecho Procesal Penal De Puerto Rico Y Estados Unidos.** T. I y II. San Juan, Puerto Rico : Editorial Forum. 1995.

CHIESA, Ernesto L. Tratado **De Derecho Probatorio (Reglas De Evidencia De Puerto Rico Y Federales)** Tomos I y II. San Juan, Puerto Rico : Publicaciones JTS. 1999.

DURÁN, Juan A. *Las Técnicas Del Interrogatorio En El Juicio Oral.* En: **Revista Justicia de Paz.** San Salvador : CSJ/PNUD (9), 2001.

FONTANET, Julio. **Principios Y Técnicas De La Litigación Forense. San Juan (Puerto Rico)**: San Juan, Puerto Rico : Jurídica Editores. 1999.

GOLDBERG, Steven. **Mi Primer Juicio Oral, ¿Dónde Me Siento? Y ¿Qué Diré?** Buenos Aires : Editorial Eliasta, S.L.R. 1994. 256p.

KIRBY, Edward. **Citas Y Frases Famosas.** Buenos Aires: Ediciones Metropolitanas. 1988.

NEVARES, Dora. **Sumario De Derecho Procesal Penal Puertorriqueño.** 5a Ed. San Juan, Puerto Rico : Instituto para el Desarrollo del Derecho. 1998.

NÚÑEZ, Ramón E. y OLIVARES, Félix D. **Código Procesal Penal Concordado. Normativa Complementaria Y Notas Explicativas. Ley 76-02.** Santo Domingo : Ediciones Jurídicas trajano Potentini. 2003. 503p.

QUIÑONES, Héctor. El Sistema Oral en el Proceso Penal Salvadoreño. [En Línea] **El Informativo.** San Salvador : PAS/DPK Consulting, 2000. (1). Disponible en : www.noticias.juridicas.com.

QUIÑONES, Héctor. **Las Técnicas De Litigación Oral En El Proceso Penal Salvadoreño.** San Salvador : DPK Consulting-USAID. 2003

RAMOS, Carlos; VÉLEZ, Enrique. **Teoría Y Práctica De La Litigación En Puerto Rico.** San Juan Puerto Rico: Michie Butterworth, 1996.

República Dominicana [Leyes]. **Constitución de la República Dominicana.** Santo Domingo, 2003.

SALAZAR, Godofredo. "La Vista Pública En El Proceso Penal". En: **Revista Justicia de Paz.** San Salvador : CSJ/PNUD (8) 2001.

SANDOVAL, Rommell. "La Necesaria Transformación Del Sistema Procesal Salvadoreño: Del Sistema Mixto Al Acusatorio-Adversativo". **Revista IMPERIUM.** San Salvador : Centro de Estudios Jurídicos. 2002. 2 (1)

Unidad 9

ÁLVAREZ, Cirilo. "Importancia del juicio oral y público". En: **Revista El Foro.** San José, Costa Rica. 22-24 (27), Junio 1884.

ÁLVAREZ, Cirilo. "Importancia Del Juicio Oral Y Público". En: **Revista El Foro.** San José, Costa Rica 7-8 (22), Marzo 1884.

ÁLVAREZ, Cirilo. "Importancia Del Juicio Oral Y Público". En: **Revista El Foro.** San José, Costa Rica. 5 (22), Marzo 1884.

LLOBET, Javier. "El Nuevo Proyecto De Código Procesal Penal Para Iberoamérica (En Comparación Con El Derecho Alemán)". En: **Revista Judicial**. San José, Costa Rica. 33-92 (57), Septiembre 1992.

MADRIGAL, Roberto. "Oralidad Durante La Fase Preparatoria Del Nuevo Proceso Penal". En: **Revista Ciencias Penales**. San José, Costa Rica. 91-97 (15), Diciembre 1998.

Unidad 12

ANDRÉS, Perfecto. "Acerca De La Motivación De Los Hechos En La Sentencia Penal" En: **Cuadernos de Derecho Judicial**. Madrid : Consejo General Del Poder Judicial, 1992.

ANDRÉS, Perfecto y IGARTUA, Juan. **Valoración De La Prueba, Motivación Y Control En El Proceso Penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1995. 229p.

BROWN, Guillermo. **Límites A La Valoración De La Prueba En El Proceso Penal**. Argentina : Editorial Jurídica Nova Tesis, 2002. 116p.

SANCHO, Ignacio. "Equidad Y Sentencia Penal" En: **Cuadernos de Derecho Judicial**. Madrid Consejo General Del Poder Judicial, 1992 (13)

Índice General

Presentación.....	3
Prólogo	5
Unidad I: Principios Generales para la Comprensión de la Reforma Procesal Penal en la República Dominicana.....	11
I.1 Introducción	13
1.1.1 ¿Qué significa cambiar la justicia penal?	13
1.1.2 ¿Cómo desarrollar una contracultura adversarial o acusatoria?	15
1.1.2.1 Las audiencias públicas y contradictorias	15
1.1.2.2 El control de la sobrecarga de trabajo.....	15
1.1.2.3 El uso de información.....	16
1.1.2.4 La defensa pública	16
1.1.2.5 La participación de la víctima.....	16
1.1.3 ¿Dónde se desarrolla el duelo de prácticas?.....	17
1.1.4 La justicia penal como un campo de “juego”	18
I.2 Eficiencia y garantía en la configuración de la justicia penal	20
I.3. El juicio como formalización del conflicto	22
I.4 La tutela judicial efectiva	24
I.5 El sistema de garantías.....	25
I. 6 La centralidad del juicio en el sistema adversarial	28
Unidad II: Actividades Iniciales y Diligencias Preliminares	31
II. El procedimiento preparatorio en el proceso penal dominicano.....	33
II.1 Aspectos introductorios	33
II.2 Actos iniciales del procedimiento.....	34
II.3 La privacidad y el secreto de las actuaciones	36
II.4 La actividad policial	37
II.4.1 Las diligencias preliminares.....	37
II.4.2 La subordinación funcional de la policía respecto del Ministerio Público.....	38
II.5 La investigación fiscal (la investigación preparatoria)	40
II.5.1 Definición de una política general de investigación y actuación	41
II.5.2 La informalidad de la investigación fiscal.....	42
II.5.3 La objetividad de la investigación	45
II.5.4 La valoración inicial del caso por parte del fiscal.....	45

II.5.5 La actividad probatoria del fiscal.....	46
II.5.5.1 Inspección del lugar del hecho	47
II.5.5.2 Registro de personas, lugares o cosas.....	47
II.5.5.3 Exámenes corporales del imputado en casos de urgencia	47
II.5.5.4 Prueba pericial.....	48
II.5.5.5 Ordenar la autopsia.....	48
II.5.5.6 Requerir informes	48
II.5.6 Trascendencia probatoria de los actos del fiscal.....	49
II.5.7 El plazo para practicar la investigación fiscal.....	50
II.6 La intervención del juez en el procedimiento preparatorio.....	51
II.6.1 Distinción entre las funciones de investigar y juzgar	51
II.6.2 Labores de garantía y control.....	55
II.6.2.1 En general resolver peticiones, excepciones e incidencias.....	56
II.6.2.2 Resolver objeciones sobre la aplicación de un criterio de oportunidad.....	56
II.6.2.3 Resolver sobre la suspensión condicional del procedimiento.....	57
II.6.2.4 Controlar el plazo de la investigación.....	57
II.6.2.5 Ordenar medidas de coerción personal contra el imputado.....	57
II.6.2.6 Resolver controversias sobre la administración de la querella.....	57
II.6.2.7 Autorizar actuaciones que comprometan otros derechos fundamentales, además de la libertad.....	58
II.6.2.8 Resolver controversias sobre la práctica de pruebas durante la investigación	58
II.6.2.9 Conocer objeciones sobre el archivo fiscal.....	59
II.6.2.10 Realizar los anticipos jurisdiccionales de prueba.....	59
II.6.2.11 Autorizar la práctica de la autopsia.....	59
II.6.3 Los anticipos jurisdiccionales de prueba.....	60
II.7 La intervención de las partes en el procedimiento preparatorio.....	62
II.7.1 La participación del imputado y la defensa.....	63
II.7.2 La participación de la víctima y el querellante	64
II.7.3 La participación del actor civil y el tercero civilmente demandado	66
II.8 Actos conclusivos del procedimiento preparatorio	67
II.8.1 El archivo fiscal.....	67
II.8.2 Otros requerimientos fiscales conclusivos.....	69
II.8.3 La acusación fiscal.....	69
Unidad III: Los Procesos Alternativos	73
III.1 Introducción.....	75
III.2 Objetivo General	75
III.2.1 Los procesos o procedimientos alternativos.....	75
III.2.2. Principio de oportunidad reglado	78
III.2.2.1 Denominación.....	79
III.2.2.2 Fundamentos	80
III.2.2.3 Críticas.....	82
III.2.2.4 Ámbito de aplicación.....	82
III.2.2.5 Procedimiento y efectos	86
III.2.3 Concepto de justicia restaurativa	87
III.2.4 Conversión de la acción pública en privada	91

III.2.5 La desjudicialización.....	92
III.2.5.1 Acerca del llamado proceso de “desjudicialización”.....	93
III.2.5.2 Mediación y conciliación.....	94
III.2.5.3 La suspensión condicional del proceso	98
III.2.5.4 El procedimiento abreviado	104
III.3 Conclusiones y recomendaciones.....	107

**Unidad IV: Libertad, Intimidad y Seguridad Individual
ante Intervención Estatal..... 109**

IV.1 Introducción 111

IV.2 La inspección del lugar 114

IV.3 Levantamiento e identificación de cadáveres 115

IV.4 Los registros: concepto y clases..... 115

IV.5 El cacheo o registro superficial de personas..... 116

IV.5.1 Concepto.....	116
IV.5.2 El cacheo y el derecho a la libertad ambulatoria	117
IV.5.3 Los cacheos o registros preventivos colectivos.....	119
IV.5.4 Garantías en la ejecución de los cacheos	120
IV.5.5 Su valor probatorio	121

IV.6 Las intervenciones corporales como diligencias de investigación penal 122

IV.6.1 Concepto y clases.....	122
IV.6.2 Derechos fundamentales afectados.....	123
IV.6.2.1 Derecho a la integridad física. Prohibición de tratos inhumanos y degradantes.....	124
IV.6.2.2 Derecho a la intimidad personal y corporal.....	125
IV.6.2.3 Derecho a la libertad personal.....	125
IV.6.2.4 Derecho a no declarar, a no declarar contra sí mismo y a la presunción de inocencia	126
IV.6.3 Principio de legalidad.....	128
IV.6.4 Principio de jurisdiccionalidad. Excepciones.....	129
IV.6.5 Garantías de su ejecución y práctica	131
IV.6.6 El “imputado” como destinatario de la medida.....	132
IV.6.7 Presupuestos objetivos: el principio de proporcionalidad	133
IV.6.7.1 Juicio de idoneidad.....	133
IV.6.7.2 Juicio de necesidad.....	133
IV.6.7.3 Juicio de proporcionalidad en sentido estricto.....	134
IV.6.7.4 La negativa del sujeto a someterse voluntariamente a las intervenciones corporales: consecuencias jurídicas.....	135

IV.7 Registro de moradas y lugares privados 138

IV.7.1 El derecho a la inviolabilidad domiciliaria.....	138
IV.7.2 Jurisdiccionalidad. Excepciones.....	139
IV.7.3 Concepto de recinto privado.....	143
IV.7.4 Principio de justicia rogada.....	146
IV.7.5 La motivación de la resolución judicial. El contenido de la orden judicial de allanamiento	146

IV.7.6 El problema de los hallazgos casuales.....	150
IV.7.7 Tiempo para su realización	152
IV.7.8 Procedimiento	153
IV.7.8.1 Notificación de la orden de allanamiento.....	153
IV.7.8.2 Forma	153
IV.7.8.3 Presencia del notificado en el registro.....	153
IV.7.8.4 Realización de operaciones técnicas y participación de testigos y peritos....	154
IV.7.8.5 Documentación de la diligencia	154
IV.7.8.6 Eficacia probatoria.....	155
IV.8 El registro de locales públicos	155
IV.9 El secuestro de correspondencia	156
IV.9.1 El derecho a la inviolabilidad de la correspondencia.....	156
IV.9.2 Presupuestos constitucionales y legales del secuestro de la correspondencia privada..	156
IV.9.3 La duración de la medida.....	160
IV.9.4 Procedimiento de secuestro, apertura y examen de la correspondencia	160
IV.10 El secuestro de objetos y documentos	162
IV.10.1 Obligación legal de entrega.....	162
IV.10.2 Objetos excluidos de Secuestro	163
IV.10.3 Orden judicial de secuestro.....	163
IV.10.4 Procedimiento	163
IV.10.5 Conservación de los efectos y documentos.....	164
IV.10.6 Destino de los efectos secuestrados.....	164
IV.10.7 Clausura de locales y aseguramiento de cosas muebles.....	165
IV.11 La interceptación de las telecomunicaciones	165
IV.11.1 Derecho al secreto de las comunicaciones privadas.....	165
IV.11.2 Previsión legislativa de la intervención	166
IV.11.3 Reserva jurisdiccional	167
IV.11.3.1 Elementos objetivos.....	167
IV.11.3.2 Elementos subjetivos	169
IV.11.4 Resolución judicial motivada: contenido.....	172
IV.11.5 Los hallazgos casuales: su utilización probatoria.....	173
IV.11.6 Duración de la medida: límites temporales	175
IV.11.7 Procedimiento de ejecución y adquisición de sus resultados	177
IV.11.7.1 Transcripción de las comunicaciones.....	177
IV.11.7.2 Custodia.....	178
IV.11.7.3 Eficacia probatoria.....	178
IV.11.7.4 Destrucción.....	179
Unidad V: Medidas de Coerción	181
V.1 Introducción.....	183
V.2 Las medidas de coerción.....	184
V.2.1 Concepto	184
V.2.2 Clases: personales y reales	185

V.5.3.7.8 Derecho a ser presentado ante el juez o ministerio público sin demora y siempre dentro de los plazos que establece el Código Procesal Penal.....	219
V.5.3.7.9 Derecho a no ser presentado ante los medios de comunicación o ante la comunidad en forma que dañe su reputación o lo exponga a peligro	219
V.5.3.8 Control de legalidad del arresto policial	221
V.6 La prisión preventiva	222
V.6.1 Naturaleza y caracteres.....	222
V.6.2 Presupuestos.....	225
V.6.3 Fines constitucionalmente legítimos.....	230
V.6.3.1 Exclusión de la alarma social.....	230
V.6.3.2 El peligro de ocultamiento de la prueba u obstaculización de la investigación	231
V.6.3.3 El peligro de reiteración delictiva	232
V.6.4 La motivación de la decisión judicial.....	234
V.6.5 Duración de la prisión preventiva.....	235
V.6.6 Procedimiento para su adopción	240
V.6.6.1 Revisión de la medida.....	241
V.6.6.2 Cese.....	242
V.6.7 El procedimiento de hábeas corpus.....	243
V.6.7.1 Concepto.....	243
V.6.7.2 Supuestos en que procede.....	243
V.6.7.3 Competencia.....	244
V.6.7.4 Procedimiento.....	244
V.6.7.4.1 Solicitud.....	244
V.6.7.4.1.1 Personas que pueden presentarla.....	244
V.6.7.4.1.2 Forma y contenido.....	245
V.6.7.4.1.3 Tiempo.....	245
V.6.7.4.2 Presentación inmediata del impetrante.....	245
V.6.7.4.3 Audiencia y decisión.....	246
V.6.8 Derecho a obtener una reparación por privación de libertad ilegal.....	246
V.6.9 Medidas de coerción reales.....	247
Unidad VI: La Prueba en el Proceso Penal.....	249
VI. Introducción	251
VI.1 El sistema acusatorio adversarial oral en el proceso penal y la reforma al Código Procesal Penal en la República Dominicana.....	251
VI.2 Definición del concepto de prueba: material, testimonial y documental ...	251
VI.3 Técnicas de adquisición de la prueba.....	252
VI.4 Procedimientos técnicos y cadena de custodia.....	252
VI.4.1 Instancias en que se requiere la cadena de custodia	253
VI.4.2 Interrupción de la cadena de custodia	253

VI.5 Modos de incorporación de la prueba.....	254
VI.6 El rol de los operadores en el proceso penal adversarial. El juez.....	254
VI.7 El fiscal	255
VI.8 El abogado defensor	257
VI.9 Los testigos	258
VI.10 Supuestos de anticipación y entrada tardía	258
VI.11 Modos de acreditación de la prueba	259
VI.11.1 Requisito de acreditación o autenticación.....	259
VI.12 Instancias de autenticación e identificación	260
VI.12.1 Autenticidad mediante evidencia de la letra.....	260
VI.12.2 Identificación de voz	260
VI.12.3 Escritos antiguos.....	260
VI.12.4 Contenido de escritos.....	260
VI.12.5 Documentos reconocidos.....	261
VI.12.6 Documentos públicos bajo sello oficial.....	261
VI.12.6.1	
VI.12.6.2 Publicaciones oficiales.....	261
VI.12.6.3 Periódicos o revistas.....	261
VI.13 Criterios de objeción.....	261
VI.13.1 Concepto y propósito	261
VI.13.2 Requisitos de las objeciones.....	262
VI.13.2.1 Oportuna.....	262
VI.13.2.2 Específica	263
VI.13.2.3 Fundamento correcto	263
VI.13.3 Tipos de objeción.....	263
VI.13.3.1 Argumentada	263
VI.13.3.2 Contínua.....	264
VI.13.3.3 Estratégica.....	264
VI.13.3.4 Cuando se objeta y cuando no se objeta.....	265
VI.13.3.5 Cómo se objeta	265
VI.13.3.6 Objeciones invocadas con mayor frecuencia en el sistema acusatorio adversarial	266
VI.13.4 En relación con las preguntas de las partes y las respuestas del testigo.....	266
VI.13.4.1 La pregunta solicita información impertinente.....	266
VI.13.4.2 La pregunta es sugestiva.....	267
VI.13.4.3 La pregunta es repetitiva.....	267
VI.13.4.4 La pregunta es compuesta.....	268
VI.13.4.5 La pregunta asume hechos no acreditados.....	268
VI.13.4.6 La pregunta es especulativa.....	268
VI.13.4.7 La pregunta es capciosa.....	269
VI.13.4.8 La pregunta o la respuesta es de carácter referencial.....	269
VI.13.4.9 La pregunta es argumentativa	271
VI.13.4.10 El testigo no responde lo que se le pregunta	271

VI.13.4.11 La pregunta es ambigua.....	272
VI.13.4.12 El testigo responde más de lo que se le pregunta.....	272
VI.13.4.13 El testigo emite opinión y no es perito.....	272
VI.13.4.14 El testigo emite conclusión valorativa.....	272
VI.13.4.15 La pregunta se refiere a materia privilegiada.....	273
VI.13.5 En relación con la actuación de las partes.....	273
VI.13.5.1 No cita correctamente lo declarado por el testigo.....	273
VI.13.5.2 No permite que el testigo responda.....	274
VI.13.5.3 Hace comentarios luego de cada respuesta del testigo.....	274
VI.13.5.4 Es irrespetuoso con el testigo.....	274
VI.13.5.5 Objeta por objetar y sin fundamento.....	274
VI.13.6 En los alegatos de clausura.....	275
VI.13.6.1 Argumenta sobre prueba no admitida en el proceso.....	275
VI.13.6.2 Cita incorrectamente lo declarado por los testigos.....	275
VI.13.6.3 Legalidad y pertinencia.....	276
VI.13.7 Admisibilidad, confiabilidad y valoración de prueba.....	276
VI.13.7.1 La admisión y valoración de la prueba.....	276
VI.13.8 Testigos de referencia.....	278
VI.13.9 Prueba del carácter del acusado.....	279
VI.13.10 Prueba de convicciones previas.....	279
VI.13.11 La prueba testimonial.....	281
VI.13.12 El interrogatorio directo.....	281
VI.13.12.1 Consideraciones generales.....	281
VI.13.12.2 Principios básicos del interrogatorio directo.....	282
VI.13.12.3 Confianza y seguridad.....	282
VI.13.12.4 Organización.....	282
VI.13.12.5 Descriptivo, sencillo e interesante.....	283
VI.13.12.6 Ritmo y velocidad.....	284
VI.13.12.7 Prohibición de preguntas sugestivas.....	285
VI.13.12.8 Acreditar y humanizar al testigo.....	285
VI.13.12.9 Escuchar la respuesta del testigo.....	286
VI.13.12.10 Guía de preguntas.....	287
VI.13.12.11 Debilidades del caso.....	287
VI.13.12.12 Gestos y modulación de voz.....	287
VI.13.12.13 Apariencia, presencia y estilo.....	287
VI.13.12.14 Duración del interrogatorio.....	288
VI.13.12.15 Tipos de pregunta.....	288
VI.13.12.16 La preparación del testigo.....	289
VI.13.12.17 Cuestionar su versión.....	290
VI.13.12.18 Asegurarse que le dice la verdad.....	290
VI.13.12.19 Familiarizarlo con el sistema procesal penal.....	291
VI.13.12.20 Hacerlo consciente de su rol en el proceso.....	291
VI.13.12.21 Escuchar su relato y seleccionar las partes pertinentes.....	291
VI.13.12.22 Explicarle las reglas y el propósito del interrogatorio directo.....	292
VI.13.12.23 Definir el vocabulario a utilizar.....	293
VI.13.12.24 Forma de testificar en la vista pública.....	293
VI.13.12.25 Practicar las preguntas y las respuestas.....	293
VI.13.13 El contra interrogatorio.....	294
VI.13.13.1 Concepto y propósito.....	294
VI.13.14 Normas básicas del contra interrogatorio.....	296
VI.13.14.1 Control.....	296

VI.13.14.2 Brevedad y organización.....	296
VI.13.14.3 Ritmo y velocidad.....	296
VI.13.14.4 Coordinación.....	297
VI.13.14.5 Actitud.....	297
VI.13.14.6 Memoria.....	298
VI.13.14.7 Momento adecuado.....	298
VI.13.15 Principios generales del contra interrogatorio.....	298
VI.13.15.1 No repetir el interrogatorio directo de la parte adversa.....	299
VI.13.15.2 Determinar su utilidad.....	299
VI.13.15.3 Conocer la respuesta.....	299
VI.13.15.4 No leer las preguntas.....	300
VI.13.15.5 Seguridad y firmeza.....	300
VI.13.15.6 Hacer preguntas cerradas.....	300
VI.13.15.7 Hacer preguntas aseverativas.....	301
VI.13.15.8 Identificar contradicciones.....	301
VI.13.15.9 Escuchar las respuestas.....	301
VI.13.15.10 Materia o asuntos nuevos.....	301
VI.13.15.11 Contacto personal.....	301
VI.13.15.12 Respeto y cortesía.....	302
VI.13.15.13 Observar las reacciones del juzgador.....	302
VI.13.15.14 No rematar al testigo.....	302
VI.13.15.15 No telegrafiar el objetivo.....	302
VI.13.15.16 Cómo concluirlo.....	303
VI.13.15.17 Declaraciones anteriores del testigo.....	304
VI.13.16 Prueba pericial.....	304
VI.13.16.1 Principio de legalidad de la prueba y exclusión de la prueba ilícita o derivada.....	306
VI.13.16.2 Procedimiento para su impugnación.....	306

Unidad VII: Los Derechos de Protección a la Víctima 307

VII.1 Introducción..... 309

VII.2 Concepto de víctima..... 310

VII.3 Los daños causados por el delito..... 312

VII.3.1 El daño psicológico.....	312
VII.3.2 El daño patrimonial.....	313
VII.3.3 La victimización secundaria.....	314

VII.4 Principios generales de la victimología 316

VII.4.1 Principios reguladores del acceso a la justicia y al trato justo.....	316
VII.4.2 Principios reguladores del resarcimiento.....	318
VII.4.3 Principios reguladores de la asistencia integral.....	319

VII.5 Derecho de la víctima a impetrar justicia 320

VII.6 La intervención de la víctima como parte del proceso penal 323

**VII.7 La intervención en el desarrollo del proceso de la víctima
no constituida en parte 325**

VII.7.1	Introducción	325
VII.7.2	Derecho de la víctima a la información.....	326
VII.7.3	Derecho a una protección integral de la víctima durante el proceso.....	329
VII.7.3.1	Introducción	329
VII.7.3.2	El derecho a la seguridad personal.....	329
VII.7.3.3	El derecho a la salud psíquica	331
VII.7.3.4	La proscripción de la confrontación innecesaria.....	331
VII.7.3.5	El derecho a la intimidad e imagen.....	332
VII.7.3.6	El derecho a la comodidad.....	333
VII.7.4	La intervención de la víctima como elemento probatorio en el proceso:	
La posición de la víctima como testigo.....		334
VII.7.4.1	Introducción	334
VII.7.4.2	Validez de su testimonio como elemento de prueba.....	335
VII.7.4.3	La protección personal como testigo	336
VII.7.4.4	La protección de los especialmente vulnerables.....	338
VII.7.5	El amparo de la confrontación	339
VII.7.6	El derecho al intérprete.....	340
VII.8	La participación de la víctima en la finalización del proceso	341
VII.8.1	Su participación en la finalización anormal del proceso	341
VII.8.1.1	Víctima y principio de oportunidad.....	341
VII.8.1.2	La víctima en el proceso de mediación y conciliación.....	343
VII.8.1.3	La víctima en la suspensión condicional del procedimiento.....	345
VII.8.1.4	La víctima y la extinción de la acción penal.....	346
VII.8.1.5	Su posibilidad de recurrir los autos de terminación anormal del proceso.....	346
VII.8.2	Su participación en la finalización ordinaria del proceso.....	347
VII.8.2.1	La intervención de la víctima en la terminación anticipada o constante de la instrucción.....	347
VII.8.2.2	La intervención de la víctima en el veredicto	349
VII.8.2.3	La intervención de la víctima en la ejecución del fallo.....	350
Unidad VIII:	Etapa Intermedia: Actos Conclusivos y Audiencia Preliminar	351
VIII.1	Introducción.....	353
VIII.2	La etapa intermedia: actos conclusivos y audiencia preliminar	356
VIII.2.1	La etapa intermedia	356
VIII.2.2	Los actos conclusivos.....	356
VIII.2.2.1	La solicitud de apertura a juicio mediante la presentación de la acusación.....	358
VIII.2.2.2	Requisitos de contenido de la acusación	358
VIII.2.2.3	Los requisitos de la acusación como baluarte de la protección de los derechos del acusado	359
VIII.3	La audiencia preliminar	363
VIII.3.1	Naturaleza y propósito de la audiencia preliminar	364
VIII.3.1.1	La audiencia como instrumento garantista.....	364
VIII.3.1.2	Propósito formal: La sencillez de la audiencia preliminar	365
VIII.3.1.3	Carácter obligatorio de la audiencia preliminar	365
VIII.3.1.4	Naturaleza pública de la audiencia preliminar.....	367
VIII.3.1.5	Base constitucional del requisito de publicidad.....	367

VIII.3.1.6 Alcance de la publicidad del proceso.....	367
VIII.3.1.7 Obligaciones del juez de la instrucción	369
VIII.4 Actos introductorios	369
VIII.4.1 Obligación de notificación y convocatoria	369
VIII.4.2 Fijación de los términos para la celebración de la audiencia	370
VIII.4.3 Alcance constitucional de los términos y el rol del juez de la instrucción.....	371
VIII.4.4 Efectos procesales de defectos en el procedimiento de notificación	371
VIII.4.5 Obligaciones del ministerio público	373
VIII.4.6 Derechos del imputado: la respuesta a la acusación.....	373
VIII.4.6.1 Solicitudes relativas a la condición jurídica del imputado durante el proceso.....	374
VIII.4.6.2 Solicitud para la aplicación de un procedimiento alternativo.....	375
VIII.4.6.3 Solicitud para que se dicte auto de no ha lugar a la apertura a juicio	376
VIII.4.6.4 Objeciones y planteamientos contra la acusación.....	377
VIII.5 La oferta de pruebas	379
VIII.5.1 Alcance de la oferta de pruebas	380
VIII.5.2 Oferta de pruebas vs. actividad probatoria	381
VIII.5.3 Naturaleza y contenido de la oferta de pruebas.....	382
VIII.5.4 Obligaciones de debido proceso.....	382
VIII.6 Desarrollo de la audiencia preliminar.....	384
VIII.6.1 La constitución de las partes.....	384
VIII.6.2 Efectos de la incomparecencia de las partes.....	384
VIII.6.3 Obligaciones del juez de la instrucción ante la incomparecencia de las partes.....	384
VIII.6.4 Celebración de la audiencia y alcance de la presentación de prueba.....	386
VIII.6.5 La apertura y desarrollo del debate	389
VIII.6.6 Secuencia procesal	389
VIII.6.7 Contenido y forma de la discusión.....	391
VIII.6.8 Cierre de la audiencia y resolución	391
VIII.6.9 Admisión o rechazo de la acusación	391
VIII.7 El auto de apertura a juicio.....	392
VIII.8 Auto de no ha lugar a la apertura del juicio	393
Unidad IX: El Juicio.....	395
IX.1 Introducción.....	397
IX.2 Principios informadores del juicio oral	399
IX.2.1 Principio de imputación.....	399
IX.2.2 Principios de oralidad e intermediación.....	399
IX.2.3 Principio de publicidad.....	400
IX.2.3.1 Las excepciones pueden ser clasificadas de la siguiente forma.....	401
IX.2.3.1.1 Excepciones generales a la publicidad por necesidad del secreto	401
IX.2.3.1.2 Excepciones individuales a la publicidad por razones de orden.....	401
IX.2.4 Principio de contradictoriedad.....	402
IX.2.5 Principio de continuidad	402

IX.3 Nociones previas acerca del debate	403
IX.3.1 Introducción	403
IX.3.2 Preparación del debate	403
IX.3.3 Tiempo: continuidad y suspensión.....	403
IX.3.3.1 Suspensión por aspectos incidentales.....	404
IX.3.3.2 Suspensión por necesidades probatorias.....	404
IX.3.3.3 Suspensión por razones de salud.....	405
IX.3.3.4 Suspensión por respeto al derecho de defensa	405
IX.4 Lugar.....	405
IX.5 Dirección del debate.....	406
IX.6 Registro de la audiencia	406
IX.7 Desarrollo del debate.....	407
IX.7.1 Apertura	407
IX.7.1.1 Declaración de apertura.....	407
IX.7.1.2 Intimación y declaración del imputado	407
IX.7.1.3 Incidentes	408
IX.8 Recepción de pruebas.....	408
IX.8.1 Peritos y testigos	408
IX.8.2 Lectura de documentos y prueba anticipada	409
IX.8.3 Otros medios de prueba.....	411
IX.8.4 Prueba para mejor proveer	411
IX.9 Discusión final	412
IX.10 División del juicio en dos fases	413
IX.11 Clausura	414
IX.12 Deliberación.....	415
IX.12.1 Votación	415
IX.13 Sentencia	416
IX.13.1 Requisitos.....	416
IX.13.2 Redacción y lectura	416
Unidad X: Impugnación y Recursos.....	419
X.1 Introducción	421
X.2 Disposiciones Generales.....	422
X.2.1 El Derecho al recurso.....	422
X.2.2 Legitimación	423
X.2.3 Interés o Gravamen	423
X.2.4 La autodefensa del imputado.....	426
X.2.5 Tramitación General	428



X.2.5.1 Presentación del recurso.....	429
X.2.5.1.1 El Plazo.....	429
X.2.5.1.2 La forma.....	434
X.2.5.1.3 Competencia.....	438
X.2.5.1.4 Efectos.....	439
X.2.5.1.5 Tramitación y resolución.....	440
X.3 El Recurso de Oposición.....	441
X.3.1 Introducción.....	441
X.3.2 Resoluciones susceptibles de Recurso de Oposición.....	442
X.3.3 Tramitación.....	443
X.3.3.1 El plazo.....	443
X.3.3.2 El escrito de interposición y su posterior tramitación.....	443
X.3.3.3 La admisión.....	446
X.3.3.4 La prueba.....	447
X.3.3.5 Su resolución.....	447
X.4 El Recurso de Apelación contra resoluciones distintas de la sentencia.....	448
X.4.1 Introducción.....	448
X.4.2 Resoluciones susceptibles de apelación.....	448
X.4.3 Su tramitación.....	450
X.4.3.1 El plazo y la igualdad de partes.....	450
X.4.3.2 El escrito de interposición.....	450
X.4.3.3 Problemas con relación a su tramitación.....	452
X.4.3.4 Su efecto suspensivo.....	454
X.4.3.5 Juicio rescisorio.....	454
X.4.3.6 La tramitación de urgencia.....	454
X.5 El Recurso de Apelación contra la sentencia.....	456
X.5.1 Introducción.....	456
X.5.2 Legitimación.....	457
X.5.3 Interposición del recurso.....	458
X.5.4 El escrito de interposición.....	459
X.5.4.1 Generalidades.....	459
X.5.4.2 La prueba en la segunda instancia.....	460
X.5.4.3 Los motivos del recurso.....	461
X.5.4.4 Análisis de la operatividad de los motivos del recurso.....	462
X.6 El recurso de casación.....	466
X.6.1 Introducción.....	466
X.6.2 Resoluciones susceptibles de recurso.....	467
X.6.3 Motivos del recurso.....	469
X.6.4 Tramitación y efectos.....	469
X.7 El recurso de revisión.....	470
Unidad XI: La Ejecución.....	473
XI.1 Introducción.....	475
XI.2 Atribuciones y competencias en materia de ejecución penal.....	475

XI.3 Principios en los que se inspira la ejecución de sentencias	476
XI.4 Marco normativo supranacional	478
XI.5 Suspensión condicional del procedimiento	480
XI.5.1 Las competencias del juez de ejecución con relación a la suspensión condicional del procedimiento	480
XI.5.2 Objeto de control	481
XI.5.3 Instrumentos de control.....	482
XI.5.4 Régimen de Control.....	482
XI.5.5 Procedimiento.....	483
XI.5.6 El perdón judicial	486
XI.6 La suspensión condicional de la pena	487
XI.6.1 Introducción	487
XI.6.2 Requisitos de la suspensión condicional	488
XI.6.3 Procedimiento ante el juez de ejecución	489
XI.6.4 La prescripción de la pena.....	491
XI.7 El cómputo de la pena privativa de libertad	492
XI.7.1 El ingreso en prisión del condenado.....	492
XI.7.2 El cómputo o la liquidación de condena	494
XI.8 La unificación de penas.....	496
XI.9 El régimen de cumplimiento de las penas privativas de libertad.....	497
XI.9.1 El régimen ordinario de ejecución de la pena privativa de libertad.....	497
XI.9.2 La intervención del juez de ejecución penal con respecto al régimen ordinario de ejecución.....	501
XI.9.3 El procedimiento para la intervención del juez de ejecución penal con respecto a las reclamaciones anteriores.....	506
XI.9.4 Condiciones especiales de ejecución.....	507
XI.10 Los incidentes de ejecución.....	511
XI.10.1 La legitimación.....	511
XI.10.2 La forma.....	511
XI.10.3 El procedimiento	512
XI.10.4 La Resolución.....	513
XI.11 La libertad condicional	513
XI.11.1 Requisitos para la concesión del beneficio de la libertad condicional.....	513
XI.11.2 Procedimiento para la concesión del beneficio de la libertad condicional.....	516
XI.12 La ejecución de las medidas de seguridad	520
XI.13 Procedimiento sobre la ejecución de la pena de multa	521
XI.13.1 Introducción	521
XI.13.2 Procedimiento de ejecución	522
XI.14 La ejecución de las penas privativas o restrictivas de derechos.....	524
XI.14.1 La interdicción de los derechos cívicos, civiles y de familia.....	525

XI.14.2 La inhabilitación para el desempeño de función pública o la inhabilitación para actividad profesional o social.....	526
XI.14.3 Suspensión, restricción o prohibición de conducir vehículos de motor.....	527
XI.14.4 Prohibición de portar armas.....	528
XI.14.5 El destierro o la interdicción de uso del territorio dominicano.....	528
XI.14.6 Interdicción de residencia.....	528
XI.14.7 Exclusión de participar en concursos públicos.....	529
XI.14.8 Los trabajos en beneficio de la comunidad.....	529
XI.15 La ejecución de las penas accesorias	529
XI.15.1 El comiso de los efectos e instrumentos del delito.....	529
XI.15.2 La clausura de establecimiento.....	531
XI.15.3 La publicación de la sentencia.....	531
XI.16 Las costas procesales.....	531
XI.7 La ejecución de los pronunciamientos civiles de la sentencia.....	532
Unidad XII: La Fundamentación Fáctica y Jurídica de las Resoluciones Judiciales.....	533
XII.1 Introducción.....	535
XII.2 La exigencia legal de motivación.....	535
XII.3. Funciones de la motivación.....	540
XII.3.1 Funciones endoprocesales.....	541
XII.3.2 Función extraprocesal: control democrático.....	543
XII.3.3 Autocontrol por el juzgador de sus propias resoluciones.....	546
XII.4. Contenido de la motivación.....	547
XII.4.1 Teorías sobre la motivación.....	547
XII.4.2 Exigencias lógicas de la motivación.....	550
XII.5. Libre valoración de las pruebas y motivación	552
XII.5.1 Modelos de valoración de la prueba: Libre valoración de las pruebas.....	552
XII.5.2 El principio de inmediación y su influencia en la libre valoración de las pruebas.....	556
XII.6 La motivación de los hechos	558
XII.6.1 Valoración individualizada de todas las pruebas. Necesidad de motivar todas las pruebas.....	558
XII.6.2 Valoración conjunta de la prueba y coherencia narrativa.....	563
XII.7 Motivación de la premisa normativa.....	565
XII.8 La individualización de la pena y su motivación	568
XII.9 Exigencia de una motivación reforzada.....	572
XII.9.1 A mayor discrecionalidad judicial mayor deber de motivación.....	572
XII.9.2 Cuando se trata de desvirtuar la presunción de inocencia.....	573

XII.9.3 Cuando el derecho a la tutela judicial efectiva se encuentra conectado con otro derecho fundamental.....	573
XII.9.4 Supuestos en los que el juez se aparta del precedente.....	576
XII.10 Las patologías de la motivación	577
XII.10.1 Omisión de la motivación.....	578
XII.10.2 Motivación insuficiente.....	582
XII.10.3 Motivación contradictoria.....	583
XII.11 Contenido y redacción de la sentencia penal	587
XII.11.1. Requisitos de la sentencia.....	587
XII.11.2. Supuestos en los que se difiere la redacción de la sentencia.....	590
Bibliografía.....	593
Índice.....	611

